Beyträge

zur

Berichtigung und Erweiterung

der

positiven Rechtswissenschaften

von

D. Gottlieb Hufeland,

Herzogl. Sachs. Weimar. Justizrath, ord. Prof. des Cod. und der Novellen, ord. Beysitzer des F. S. G. Hofgerichts, der Juristenfacultät und des Schöppenstuhls zu Jena.

Zweytes und drittes Stück.

Jena

bey Wolfgang Stahl 1801.

Vorrede.

Mannichfaltige Ursachen haben mich bisher von der Fortsetzung dieser längst angefangnen Beyträge abgehalten; ich hoffe aber von nun an die Folge derselben ununterbrochner liefern zu können, und um wenigstens meine guten Vorsätze zu größerer Thätigkeit für dieselben dem Publicum einigermaßen zu beurkunden, liefre ich jetzt gleich zwey Stücke zusammen.

Verloren dürften meine Leser bey dem bisherigen Verzuge wohl nicht haben; denn

* ich

ich schmeichle mir, daß bey unablässigem Fortarbeiten in den von mir besonders ausgewählten wissenschaftlichen Fächern meine Ansichten und Ideen nicht wenig an Reife gewonnen haben; und mein Materialienvorrath ist seit der Erscheinung des ersten Heftes wirklich sehr beträchtlich angewachsen.

Daß es aber auch an Mannichfaltigkeit diesem nicht fehle, habe ich zum Theil durch die jetzige Lieferung zu beweisen gesucht, in welcher theoretische, praktische und literarische Abhandlungen, solche, die sich auf das gemeine Recht beziehen und solche, die particulare Rechte betreffen, abwechseln. Und auch künftig hoffe ich dieselbe Mannichfaltigkeit unterhalten zu können.

Ueberdem will ich für die Folge in jedem Hefte eine Zugabe von merkwürdigen Rechtsfällen anhängen, von denen ich auch schon einen nicht unbedeutenden Vorrath aus meinen praktischen Arbeiten ausgesondert habe, der sich noch immer vermehrt. Daß ich den Vortrag derselben von der gewöhnlichen Form entkleide, wird wohl in unsern Zeiten allgemeine Billigung erhalten. Eben so wenig wird man aber, wie ich mir schmeichle, den von mir theils schon gelieferten, theils noch zu liefernden Fällen, das Prädicat der Merkwürdigkeit absprechen; nur muß man dies nicht bloß auf solche, die die Erörterung von Rechtsfragen veranlassen, einschränken, sondern auch solche Fälle, bey denen die richterliche Beurtheilung der Thatsache unter-

richtend seyn kann, mit dazu rechnen; welche es denn doch wenigstens in Rücksicht auf jüngere Leser, auf die ich wohl bey diesen Arbeiten etwas mitrechnen darf, gewiß sind. Zu einem Beyspiel der letzten Art habe ich eben in jener Hinsicht diesmal die Rechtsfälle unter N. 3. et 4. ausgewählt.

Das vierte Heft, mit dem der erste Band geschlossen ist, soll hoffentlich in kurzem nachfolgen.

Inhalt des zweyten und dritten Stücks.

IV. Grund und Verhältniß der Criminalgewalt des Staats. . S. 3

V. Rechtfertigung meiner Eintheilung der gesammten positiven deutschen Rechtsgelahrtheit. . . S. 33

VI. Erläuterung einer Stelle in der Hennebergischen Landesordnung. (Buch III. Tit. 2. Kap. 6.) — Beyspiel einer einschränkenden Auslegung eines Particulargesetzes. . . S. 123

VII. Erläuterung einer andern Stelle in der Hennebergischen Landesordnung (Buch III. Tit. 4. Kap. 12. §. 2) — Beyspiel einer ausdehnenden Auslegung eines Particulargesetzes. . S. 131

Nebst zwey Hennebergischen Verordnungen über eine verwandte Materie. S. 161

VIII. Zusätze und Berichtigungen zu Hn. Prof. Hugo's Index editionum fontium corporis juris civilis. S. 173

IX.

IX. Merkwürdige Rechtsfälle mit und ohne Entscheidung. . S. 181

1. Versteht sich die Substitution eines Gläubigers der Ehefrau an deren Stelle und der Ehefrau an dessen Stelle im Concurse ohne richterliche Erkenntniß darüber von selbst (ipso jure)? . . S. 183

2. Ist der Remittent eines Wechsels verbunden, den Primawechsel unmittelbar an den Wohnort des Tressaten zur Acceptation zu senden? S. 199

3 und 4. Zwey Fälle, in welchen die Entscheidung zwischen dem Erfüllungseide und Reinigungseide sehr schwierig war. S. 202 u. 215

Vierte Abhandlung.

Grund und Verhältniß der Criminalgewalt des Staats.

Die neuerlich rege gewordnen Untersuchungen über den Grund des Strafrechts im Staate haben ein so allgemeines Interesse unter den Rechtsgelehrten für sich erweckt, daß man seit mehrern Jahren sich eines ähnlichen Beyspiels einer so ausgebreitet angeregten Aufmerksamkeit in diesem Felde der Wissenschaften nicht wohl erinnern wird. Würdige, scharfsinnige und wahrheitsliebende Männer haben von allen Seiten daran Theil genommen, und wenn man auch zuweilen wünschen mußte, daß die Heftigkeit des Streits etwas mehr gemildert worden wäre; so ist doch immer ein höchst bedeutender Gewinn für die Wissenschaft durch die Resultate desselben er-

worben worden. Mit jener Streitigkeit verflocht sich bald eine andre verwandte über die Frage: zu welchem Theil der Staatsgewalt die Criminalgewalt zu rechnen sey; ob zur Justiz, zur Polizey, oder wohl zum Kriegsrecht gegen die Verbrecher als Feinde?

In diese Streitigkeiten mich zu mischen ist meine Absicht jetzt durchaus nicht. Ich will nicht anführen, prüfen oder widerlegen, was andre gesagt haben; aber ich finde es für nöthig, meine Meynung zu äußern, weil ich mich wohl manchmal bey andern Untersuchungen darauf werde beziehen müssen, und sonst leicht bey diesen ein Anlaß zu Dunkelheiten und Misverständnissen entstehen könnte. Ich will diese meine Meinung kurz und einfach angeben, ohne weitläuftige Beweisführung. Vielleicht gewinnt sie sich durch ihre bloße Darstellung Freunde; vielleicht bekomme ich auch in der Folge noch Veranlassung für einen und den andern Theil derselben meine Gründe vollständiger vorzulegen. Die Ansicht im ganzen Zusammenhange ist, soviel ich weiß, neu; mehrere Hauptgrundzüge habe ich schon in der zweyten Ausgabe meines Naturrechts vorgetragen. Im einzelnen habe ich mir freylich

lich manche Belehrung andrer zu eigen gemacht; nur ist nicht alles, was meinen Behauptungen ähnlich scheint, ganz einerley damit. Besonders möchte diese Erinnerung wegen einiger Bemerkungen in neuern (nemlich nach meinem Naturrecht erschienenen, aber nicht zu den obgedachten Streitigkeiten zunächst gehörigen) Schriften nöthig seyn, die man etwa mit meiner Darstellung für eins, oder aus denen man meine Behauptungen wohl gar für erborgt halten könnte. Ich muß die Leser hierauf aufmerksam machen, weil eine solche Voraussetzung ihre Einsicht in meine Behauptungen, wie mir scheint, erschweren würde.

I.

Vergehen und Verbrechen.

Die Römer unterscheiden delictum und crimen, wir Vergehen und Verbrechen, als Gattung und Art, wenn ich anders den Sprachgebrauch richtig beobachtet habe; nur scheinen mir die Begriffe von beiden nicht genau bestimmt, wenigstens die Bestimmungen derselben nicht gleichförmig anerkannt zu seyn. Eine hinreichende Unterscheidung von Begrif-

sen ist hier immer nöthig, und sie möchte wohl am besten so zu fassen seyn.

Vergehen ist eine freye Verletzung eines zwingenden (unabänderlich vorschreibenden) Gesetzes*); Verbrechen aber eine freye Verletzung eines unzweifelhaften Rechts**). Ich kann ein Vergehen begehen, wenn ich nur gegen ein Gesetz handle, welches eine Handlung als nothwendig vorschreibt oder verbietet. Ob ich Rechte dabey verletze, darauf kommt es bey der Bestimmung des Begriffs nicht an. Man begeht ein Vergehen gegen Polizeygesetze, sie mögen von einer Privatanstalt oder vom Staat gegeben seyn, z. B. durch die Unterlassung der vorgeschriebnen Sorge für Reinlichkeit, Ordnung rc.; und es können dabey selbst nachtheilige Folgen für denjenigen eintreten, der sich ein solches hat zu Schulden kommen lassen. Gleichwohl kann dabey durch diese Unterlassung kein Recht verletzt, selbst nicht einmal ein Schade angerichtet worden seyn. Denn in die Vorstellung derer, welche in jedem Vergehen eine Verletzung der Rechte des

*) S. meine Instit. des ges. posit. Rechts §. 181.

**) Ebend. §. 188.

des Staats sehen wollen, kann ich wenigstens mich nicht finden; man spricht ja dem Staat dadurch weder das Recht, Handlungen im allgemeinen zu verbieten, noch das, sie zu verhindern oder zu bestrafen, ab. — Indessen können auch die Vergehen nicht bloß den Gütern andrer Schaden zufügen, sondern selbst ihre Rechte beeinträchtigen; und doch noch keine Verbrechen seyn. Es ist nemlich ein sehr bedeutender Unterschied der Rechte darin zu suchen, daß einige derselben jedermann kenntlich sind, also darüber, ob solche statt haben, nie und in keinem Falle Zweifel obwalten kann; wenigstens alsdann nicht, wenn jemand diejenige bestimmte Thatsache weiß und kennt, von welcher die gedachten Rechte abhängen; es mögen diese Rechte nun aus der bloßen Idee eines Rechtszustandes überhaupt fließen, oder für einen bestimmten Rechtszustand, aber so, daß sie allen hinlänglich bekannt sind, festgesetzt seyn. Wem kann je unter uns ein Zweifel darüber entstehen, daß jemand Recht auf Leben, Gesundheit, Unverletztheit des Körpers rc.; oder wenn er ihn als Ehemann kennt, Recht auf seines Weibes Treue, wenn er ihn als Vater kennt, väterliche Gewalt habe, u. dgl. mehr? Diese

wären unzweifelhafte Rechte zu nennen. Es muß dies aber ja nicht so verstanden werden, als ob ein Recht eines oder des andern, von welchem man in einem bestimmten Fall zufällige, wenn auch gewisse, Kenntniß hätte, sogleich ein unzweifelhaftes Recht würde. Es ist nur von solchen hier die Rede, an welchen überhaupt kein Zweifel in irgend einem Fall statt haben kann. Daher sind bloß unbestrittene, selbst unstreitige, Rechte noch immer nicht unzweifelhafte. Diesen unzweifelhaften Rechten stehen aber andere entgegen, welche zwar im einzelnen Falle bestimmt und gewiß genug seyn mögen, deren Daseyn jedoch in andern Fällen leicht bezweifelt werden und einer Untersuchung bedürfen kann, wovon denn ganze Civilrecht voller Beyspiele ist.

Nun gilt in Ansehung dieser beiden Arten von Rechten unbedenklich das allgemeine Gesetz, daß gar kein Recht gekränkt werden soll; man kann daher auch in Ansehung beider Arten dies Gesetz verletzen, und also nach der oben angegebnen Bestimmung ein Vergehen sich zu schulden kommen lassen. Dennoch ist doch wohl ein Unterschied zwischen den Fällen, wo man im allgemeinen die Möglich-

keit,

keit, daß doch jemand gewisse Rechte, die er sich zuschreibt, nicht haben, und also der dieselben verletzende in einigem Zweifel oder auch Irrthum darüber seyn könnte, zugestehen muß, und denen, wo gar kein Zweifel zulässig ist, sehr natürlich. Die Verletzung derselben ist im letzten Fall viel entschiedener, und das Unrecht, das gesetzwidrige Handeln, gar nicht zu bezweifeln. Die Verletzungen solcher unzweifelhaften Rechte verdienen daher wohl unter einem eignen Namen, dem der Verbrechen, aufgeführt zu werden; den erstern bleibe bloß der Name Vergehen, und man nenne sie zum bestimmtern Unterschiede Vergehen im engern Sinne.

Solche Vergehen können also zuförderst Verletzungen von Gesetzen ohne Schaden an Gütern und ohne Beeinträchtigung der Rechte seyn, wie dann oft Gesetze bloß durch ihre allgemeine Beobachtung zu einem Zweck wirken können, welchem doch selbst durch die Unterlassung im einzelnen Falle noch kein Abbruch geschieht, wenn diese gleich des Beyspiels und der überhaupt zum Zweck nöthigen Allgemeinheit wegen verwerflich ist. Sie können ferner mit Beschädigung von Gütern, sie

können endlich mit Beeinträchtigungen von Rechten verbunden seyn. Im ersten und andern Falle sind die Vergehen wirklich unmittelbar kein Gegenstand der Rechtslehre; aber offenbar sind es die Vergehen von der dritten Art; denn sie sind im Verhältniß zu Rechten. Daß von Verbrechen, die immer Verletzungen von Rechten sind, dasselbe gelte, braucht keiner Erinnerung.

Bleibt man nun dieser Vorstellung getreu, so ist bey Vergehen im engern Sinne wohl eine Widersetzlichkeit gegen das Recht möglich, aber doch nie eine solche vorauszusetzen, welche eine gänzliche Hindansetzung der Unterordnung unter den Rechtszustand, eine offenbare Feindseligkeit, einen Aufstand und Krieg gegen denselben, in sich schlösse. Denn es ist ja immer vorausgesetzt, daß darüber im allgemeinen (wenn auch nicht immer im einzelnen Fall) ein Irrthum oder Zweifel statt haben könne. Dies ist aber ganz anders bey Verbrechen.

In diesen ist die Erklärung: man handle wissentlich gegen Rechtsgesetze, man wolle dagegen handeln, ganz deutlich enthalten. Es ent-

enthält das Verbrechen also eine Widersetzlichkeit gegen den Rechtszustand selbst, gegen das Verhältniß unter Rechtsgesetzen im ganzen. An eine Unterscheidung, daß man nur diese oder jene Rechtsgesetze nicht anerkennen wolle, ist nicht zu denken. Freylich lassen sich von einem bestimmten Rechtszustande einzelne Gesetze weg oder verändert denken; allein so lange sie dazu gehören, und nicht auf gültige Weise abgeschafft oder geändert worden, sind sie nothwendige Bestandtheile desselben. Denn der ganze Rechtszustand überhaupt besteht nur durch seinen Zusammenhang; und dieser zusammenhängende Rechtszustand ist wieder allein durch die Anerkennung aller möglich, weil er nicht eine Maschine für die todte Natur ist, sondern für Wesen, die Vorstellung und Willen haben. Nur durch Vorstellung und Willen, also durch Anerkennung aller, kann er existiren. Nur dadurch sind jene Wesen an ihn gebunden; nur dadurch genießen sie die Vortheile desselben. Wer also seine Anerkennung deutlich zurücknimmt (und das geschieht nach dem obigen bey freyen Verletzungen unzweifelhafter Rechte); der tritt selbst ganz aus demselben heraus. Es können und müssen daher auch die andern bisher mit

ihm auf seine Anerkennung verbundenen ihn, als zu jenem Rechtsbündniß nicht mehr gehörig, ansehen. Er verliert allen Schutz der Gesetze, die er ja nicht will; er hat erklärt, daß er kein Mitglied dieser Verbindung mehr seyn wolle, da der Vortheil derselben nur von der Unterwürfigkeit unter sie abhängt; oder was einerley ist, er hört auf Staatsbürger zu seyn; und so ist an das Verbrechen der Verlust aller Rechte des Staatsbürgers, d. h. da dem Staatsbürger überhaupt nur als solchem im Staate Rechte beygelegt werden, der Verlust aller Rechte überhaupt als Folge geknüpft.

II.

Strafen.

Auf Vergehen und Verbrechen können Strafen folgen; aber nicht alles Strafrecht ist Criminalrecht; dagegen auch das Criminalrecht nicht bloß Strafrecht. Schon der Name: Criminalrecht (Recht der Verbrechen) deutet gleich anfangs bestimmt darauf, daß nicht die Strafe, sondern das Verbrechen der Hauptgegenstand desselben sey. Es wird daher nun besonders Bedürfniß seyn, die Arten

der Strafen in der Vorstellung genau zu unterscheiden. Meinen Begriff von Strafe und deren Arten habe ich schon an andern Orten angegeben, wenn ich gleich späterhin auch hieran noch einiges zu bessern gefunden habe. Strafe ist meiner Meynung nach ein Uebel, welches einem Menschen wegen einer begangnen Handlung zugefügt wird, um ihn oder andre von einer Handlung dieser Art abzuschrecken *). Daß Abschreckung nur durch die Vorstellung überhaupt, und zwar insbesondre wieder durch die Vorstellung, daß auf eine ähnliche Uebertretung immer dasselbe oder ein ähnliches Uebel folgen werde, daß also die beabsichtigte Abschreckung nur dann, wenn die Strafe, nach einer allgemeinen Regel, als mit dem Verbrechen verknüpft, gedacht wird, erfolgen könne, ist wohl leicht klar; allein das möchte wohl gerade nicht erfoderlich seyn, daß diese allgemeine Regel eben nothwendig in einem vorher öffentlich promulgirten Gesetze

*) S. meine Inst. §. 146. Dort steht von einer künftigen ähnlichen. Dies könnte vorauszusetzen scheinen, daß die Strafe nothwendig vollzogen seyn müßte, da sie doch auch durch die bloße Vorstellung vorher wirken kann. Daher die neue Abänderung.

setze enthalten sey; indessen mag dies hier bloß beyläufig berührt seyn.

Die Strafen selbst werden nun entweder vom Privatmann oder von der Staatsgewalt gefodert. Hat jener das Recht dazu (und dann meistens auch den Vortheil aus diesem Uebel); so heißt es eine Privatstrafe; sonst eine öffentliche Strafe,*) wie alles, was durch den Staat unmittelbar entsteht, öffentlich (publicum) genannt wird. Diese Abtheilung ist anerkannt; weniger ist es aber, zumal der bestimmten Unterscheidung nach, die folgende in Polizeystrafen und Criminalstrafen. Ich muß bey dieser um die Erlaubniß bitten, mich für jetzt ohne weitern Erweis auf die von mir angenommene und schon mehrmals vorgetragene Bedeutung der Polizey (von der ich jedoch glaube, daß sie sich nach dem vorhandenen Sprachgebrauch vollkommen rechtfertigen lasse) geradezu zu beziehen. Ich verstehe nemlich darunter jede Wirksamkeit für Hülfszwecke.*) Sie kann in verschiedenen Verhältnissen

*) Inst. 493. u. 1150.

*) Vergl. Inst. §. 708. u. 1028. Naturrecht §. 505. u. a. Ich würde jetzt in jenen Schriften allenthalben statt Neben-

nissen statt haben; bezieht sich aber, im engern Sinne, auf die Wirksamkeit des Staats für seine Hülfszwecke. Folglich ist darunter nicht die unmittelbar auf den Hauptzweck des Staats (die Erhaltung der Rechte oder des rechtlichen Zustands überhaupt) gerichtete Wirksamkeit, welche sich in der äußern Hoheit und in der Justiz darstellt; eben so wenig sind aber auch diejenigen Arten der Staatswirksamkeit, die sich in dem mannigfaltigen wirklichen Gebrauch verschiedener Mittel, (persönlicher Kräfte, oder Güter), äußern, also das Repräsentationsrecht, Aemter- und Militärverhältniß, oder das Finanzwesen, zu verstehen. Allein man kann unstreitig noch mancherley Wirksamkeiten der Staatsgewalt denken, welche nicht unmittelbar, ja wohl nicht einmal nothwendig immer mittelbar, auf den Zweck des Staats gerichtet sind; nemlich theils so, daß etwas aus dem Wege geräumt werde, welches oft, wenn auch nicht immer, den Rechten und der Erhaltung derselben nachtheilig, also ein Hinderniß des eigentlichen Staats-

zwecks,

Nebenzwecke immer Hülfszwecke setzen, wodurch meine eigentliche Meynung wohl an Deutlichkeit gewinnen kann.

zwecks, werden kann; theils so, daß man dafür sorgt, daß es an Mitteln zur Erreichung des Hauptzwecks nicht fehle, wenn man einst in die Nothwendigkeit käme, sie zu gebrauchen; gesetzt auch sie würden nie alle gebraucht, man ist denn doch auf den Fall des Bedürfnisses ihrer sicher.

So ist zwar, um ein Beyspiel der ersten Art zu geben, Gewaltthätigkeit gar nicht nothwendig mit dem Hauptzweck des Staats unverträglich; denn es ist ja möglich, daß sie für das Recht, zur Erhaltung desselben, und also für den Staatszweck angewendet werde, und so sahen es auch wohl alle Staaten in ihrer Kindheit an. Allein dessen ist man doch nicht allgemein sicher; vielmehr kann sie eben so gut für das Unrecht gebraucht werden, und die Gefahr, daß sie auch bey erlaubter Rechtsvertheidigung ihre Grenzen überschreite, und so Unrecht werde, ist doch immer zu groß. Daher das allgemeine Verbot jeder Gewaltthätigkeit im Staate; daher Anstalten zur Aufrechthaltung desselben und zur Abwehrung aller Gewaltthätigkeiten — Sicherheitspolizey. Durch diese ist erst die Möglichkeit und der feste Gang der Justiz recht begründet, und verwahrt.

Auf der andern Seite kann der Staat ohne Mittel nicht zu seinem Zweck wirken. Diese müssen also vorhanden seyn, wenn er sie gebraucht; folglich erhalten werden, wenn sie schon da sind; vermehrt werden, wenn ihrer noch nicht genug sind. Auf das jedesmalige eben jetzt gefühlte Bedürfniß kann man sich nicht einschränken; denn dies kann plötzlich steigen, und alsdann keine Zeit übrig seyn, erst an Zusammenbringung und Vorbereitung der Mittel zu denken. Man sucht also die allenfalls einst nöthigen Mittel immer in Vorrath zu haben und zu erhalten. Diese Mittel sind entweder persönliche Kräfte, oder (neben diesen vorhandene) Güter; theils beides überhaupt, theils auch nach besondern Gattungen und Arten. Daß gerade bey dieser Personen- und Güter-Polizey der Staat sich besonders hüten müsse, auf einer Seite dem Hauptzweck nicht entgegenzuhandeln, (keine Rechte dabey zu kränken), auf der andern besonders seiner eigentlichen Absicht beym Hülfszweck nicht Abbruch zu thun (nicht bey scheinbarer Erhaltung und Vermehrung allenfalls einst zu gebrauchender Mittel im Grunde zur Verminderung derselben Anlaß zu geben), sind sehr nahe liegende, aber für meine jetzige Ausfüh-

führung nicht unmittelbar bedeutende, Bemerkungen.

Nun ist es leicht einzusehen, daß, wenn man im Staat gewisse Handlungen verwerflich und gefährlich findet, und ihre Unterlassung bewirken will, alsdann die unmittelbare Wirksamkeit auf Verhinderung dieser Handlung in dem Augenblick, da sie vorgenommen wird, oder vorgenommen werden soll, zu richten sey. Allein eben so klar wird es bey der kürzesten Ueberlegung werden, daß diese Wirksamkeit auf Unterlassung der Handlungen durch die Unterdrückung der noch nicht in die äußre Handlung übergegangnen, noch bloß im Gemüth vorhandnen, Neigung und Willkühr, durch Abschreckung mittelst der Vorstellung der Strafe, unterstützt, selbst wohl entbehrlich gemacht werden kann. Aus diesem Gesichtspunkt betrachtet, scheinen mir alle Strafen zur Polizey zu gehören; eine Bestimmung, wovon ich in der Folge Anwendungen zu machen und vorzulegen gedenke. Demungeachtet hat dennoch die Eintheilung in Polizey- und Criminalstrafen ihren festen und deutlichen Grund.

Unter den Uebeln, die man im Staat leiden kann, giebt es viele, die zur Erhaltung des Staats und zur Erreichung seines Zwecks nothwendig sind, die also von denen, welche den Staat, seinen Zweck und seine Vortheile wollen, übernommen werden müssen, wenn gleich diejenigen, auf die sie fallen, sie immer als Uebel ansehen und wegwünschen, wobey dann die bloße Vorstellung derselben leicht auf Willensbestimmungen für oder gegen eine Handlung wirken kann. Wer unterwirft sich gern Entsagungen, läßt sich Handlungen durch andre vorschreiben, seine Freyheit einschränken, oder giebt Güter weg? und wer sieht nicht in allem diesem kleinere oder größere Uebel? — Indessen sind diese Uebel oft nothwendige Mittel für den Staat, und man läßt sie sich um dieser Wirkung willen gefallen, und man muß sie sich gefallen lassen. Dies geschieht aber, weil ohne sie der Staat nicht bestehen und seines Zwecks sicher-seyn kann. Es kann nun freylich bey der Uebernahme und Auflegung von Uebeln ein höchst mannichfaltiges Mehr oder Weniger statt haben; größere oder geringere Entsagungen, mehr oder weniger Einschränkungen der Freyheit, härtere oder mildere Arbeiten, stärkere oder unbedeu-

tendere Güterabgaben. Das hängt von der Lage des Staats, selbst zu verschiedenen Zeiten, ab. Nur leuchtet zugleich wohl unmittelbar dies ein, daß diejenigen, um deren willen der Staat da ist, auf welche der Zweck desselben geht, die Staatsbürger, nicht aller Rechte, also durchaus nicht derjenigen, welche bey jedem Menschen und Staatsbürger vorausgesetzt werden müssen, für den Zweck des Staats beraubt werden können. Sonst wäre der Staat ja nicht mehr um ihrentwillen; sondern sie einzig und allein seinetwegen da. Es kann ihnen deshalb für den Staat ihr Leben, ihre persönliche Freyheit überhaupt, die allen Staatsbürgern zustehende gemeine Ehre, jedes Recht Güter zu besitzen, oder die gesammte Masse ihrer Güter nicht genommen werden; sie wären bey solchen Beraubungen nicht mehr Staatsbürger, und man erkennte keine Rechte mehr für sie an.

Aus dieser Betrachtung ergiebt sich die Möglichkeit zweyer Arten von Strafen. Es können dieselben theils in solchen Uebeln bestehen, von welchen sich wohl denken ließe, daß sie auf alle Staatsbürger verbreitet würden, ohne daß diese aufhörten Staatsbürger zu seyn, theils

theils in solchen, mit denen die Bestimmung, daß man Staatsbürger sey, nicht weiter verträglich wäre. — Bey jenen hört der Bestrafte nicht auf, Staatsbürger zu seyn; er wird immer als solcher, selbst in und bey der Bestrafung, angesehen. Man denke z. B. an vorübergehende Arbeiten, an kurze Beraubung der Freyheit, an Abgaben eines Theils von Gütern u. dgl. Alles dies widerspricht dem Begriff eines Staatsbürgers durchaus nicht. Muß nicht oft zur Vertheidigung des Staats jeder mitarbeiten; müssen nicht immer Abgaben, selbst in Zeiten der Noth zuweilen sehr hohe Abgaben, entrichtet werden? Was also in gewissen Fällen ohne innern Widerspruch auf jeden im Staate ausgedehnt werden kann; läßt sich im einzelnen Fall auch auf einen allein legen, läßt sich auch ganz allgemein an bestimmte Bedingungen knüpfen, ohne durch diese Anordnung ganz vom Staate auszuschließen. Es sind also diese Uebel Mittel, welche bey der ordentlichen Wirksamkeit des Staats auf seine Mitglieder sehr wohl bestehen können. Sie gehören aber, wie oben angegeben, nur zur Hülfswirksamkeit des Staats, zur Polizey; und können daher, weil sonst auf nichts weiter dabey in der Hauptsache

zu achten ist, ganz füglich Polizeystrafen (nemlich bloße, eigentliche Polizeystrafen) genannt werden.

Will der Staat aber gegen seine Mitglieder, oder Staatsbürger weiter vorschreiten, will er ihnen Rechte und Güter als Gegenstände von Rechten, mithin durch diese die Rechte selbst, nehmen, welche von einem mit Rechten im Staate begabten und als solchem anerkannten Wesen, einem Staatsbürger, durchaus nicht zu trennen sind; so nimmt er ihm dadurch die Qualität des Staatsbürgers, setzt ihn außer den Staat, d. i. handelt gegen seinen eignen Zweck, und hebt sich im Grunde selbst auf. Indessen ist es möglich, daß die ehemaligen Staatsbürger ohne Ausschließung des Staats aufgehört haben, Staatsbürger zu seyn; alsdann stehen ihm deren Rechte nicht weiter entgegen; alsdann sind gegen denjenigen, der nicht mehr Staatsbürger ist, solche Uebel rechtlich möglich, welche sonst gegen ihn nie verhängt werden könnten. Nun ist, nach dem obigen, der Verlust aller Rechte an ein Verbrechen (crimen) geknüpft; Strafen also, welche dies, daß man nicht mehr die Rechte des Staatsbürgers habe, voraus-

setzen,

setzen, werden deshalb ganz treffend Criminalstrafen genannt.*)

Die Hauptsache bey dieser Unterscheidung ist meines Erachtens in der Natur des Staats auf das klärste und ohne allen Einfluß der Willkühr gegründet. Doch möchte schwerlich etwas dagegen zu sagen seyn, daß gesetzgebende Willkühr eines bestimmten Staats die Grenzscheidungen beider Classen von Strafen etwas hin- oder herrücken könnte, besonders daß man einiges für nicht zu beraubende Rechte des Staatsbürgers, und dem zufolge einige Strafen aus der Classe der Polizeystrafen ausschiede, und für Criminalstrafen erklärte, die es den allgemeinen Begriffen nach nicht wären; wie man denn auch in einem bestimmten Staat Handlungen für gänzlich unverträglich mit dem durch jenen begründeten Rechtszustand halten, und als solche für Verbrechen erklären kann, die es sonst gerade an nicht sind.

Von den Criminalstrafen ist nun noch eine Abtheilung in den Rechtssystemen gewöhn-

*) S. meine Instit. S. 1010.

wöhnlich und hergebracht, welche sich abermals sogar in der üblichen Terminologie, mit welcher sie belegt ist, ganz aus der bisher entwickelten Vorstellung ableiten und erklären läßt. Man sondert die Criminalstrafen in Capital- und Nichtcapitalstrafen. Die Namen kommen von *caput*, das bekanntlich einen bürgerlichen Stand bey den Römern, und zwar entweder den Stand der Freyheit oder des Bürgerrechts (Staatsbürgerrechts) bedeutete; (denn daß auf den Stand der Familie, den dritten bürgerlichen Stand der Römer, allein bey der Benennung: poena capitalis, nichts bezogen werde, ergiebt sich aus jedem Compendium). Es kann aber niemanden das caput ohne crimen genommen werden; selbst nicht einzelne dazu gehörige Rechte. Indessen wenn auch jede Criminalstrafe den Verlust des capitis voraussetzt, um möglich zu seyn; so nimmt doch nicht jede zuerkannte Strafe dieser Art wirklich selbst das ganze caput, mit allen und jeden seiner Wirkungen. Wem wirklich alle Rechte des Staatsbürgers, mit allen Gegenständen derselben, durch die Strafe entzogen werden, der erleidet eine wahre Capitalstrafe; wenn gerade nicht alle Rechte dieser Art, aber doch einzelne derselben, welcher

man

man ohne Verlust des Staatsbürgerrechts nicht beraubt werden könnte, genommen werden; dem wird zwar eine Criminalstrafe, aber doch keine Capitalstrafe, aufgelegt. Gewiß sind daher Beraubung des Lebens (mors naturalis), und des vollen Staatsbürgerrechts (mors civilis; also Reichsacht und Landesverweisung) Capitalstrafen*), und in einem Volke, bey dem Sklaven auf keinen Schutz des Staats mehr Anspruch hätten, wäre das Geben in Sklaverey auch eine solche. Dagegen sind Leibesstrafen, Verlust der Freyheit, Ehre und aller Güter, zwar Criminal-, aber nicht Capitalstrafen**); denn man entzieht dem so bestraften, wenigstens in unsern Staaten, nicht allen Schutz des Staats für seine übrigen Rechte.

Unmittelbar hängt mit der bisher erörterten Abtheilung die Unterscheidung in Civil- und Criminalstrafen nicht zusammen. Man bezieht sie bekanntlich zunächst auf den Richter, welcher sie zuerkennt, ob dieser nemlich Civil-

*) Instit. §. 1153.
**) Vergl. meine Instit. §. 1154.

richter oder Criminalrichter sey. Dabey ist immer etwas willkührliches, weil die Innhaber der Staatsgewalt die Grenzen der Amtsgewalt ihrer Untergebenen verschieden bestimmen können. Indessen mögen nach dem obigen alle Strafen, welche nicht Criminalstrafen sind, wobey man also als Staatsbürger (civis) betrachtet wird, Civilstrafen genannt werden, und dann die Privat- und Polizeystrafen zusammen unter sich begreifen. — Nun zur Erörterung der Gewalt des Staats über Verbrechen und Strafen.

III.

Criminalgewalt.

Die Hauptsache beym ganzen Criminalwesen im Staat ist also, ob jemand ein Verbrechen begangen, und also aufgehört habe, Staatsbürger zu seyn, folglich der Criminalstrafe fähig sey. Die Hauptwirksamkeit des Staats hiebey hat daher die Verbrechen zum Gegenstande.

Sie äußert sich zuförderst in der allgemeinen Bestimmung, welche Handlungen

Verbrechen seyn und den Verlust der Rechte nach sich ziehen, — in der eigentlichen Criminalgesetzgebung. Diese Gesetzgebung hat also Rechte, nemlich die Aufhebung und den Verlust derselben, zum Gegenstande; und ist daher ein Theil der Justizgewalt, welche sich überhaupt auf Rechte bezieht.

Darauf folgt die Beurtheilung im einzelnen Fall, ob ein Verbrechen begangen sey, ob jemand überhaupt noch Rechte habe, — ein Theil der beurtheilenden Gewalt. Jede Beurtheilung, ob Rechte (alle oder einzelne) statt haben, gehört für den Richter. Die beurtheilende Gewalt in Beziehung auf Rechte heißt die richterliche, und also ist auch dieser ungezweifelt ein Theil der Justizgewalt, was denn nun wohl besonders in Ansehung des Executionsrechts nicht weiter erörtert werden darf.

Die eigentliche Criminalgewalt ist demnach ein Theil der Justizgewalt.

Neben der Gewalt des Staats, die sich auf Verbrechen bezieht, ist nun noch die Gewalt desselben, welche sich auf Strafen bezieht,

in

in Betrachtung zu ziehen. — Von Privatstrafen ist nicht nöthig, weitläuftig zu sprechen; sie gehören ungezweifelt zur Civiljustiz; eben so wenig von Polizeystrafen, die wohl unbedenklich der Polizeygewalt eigen sind. Nicht alles Strafrecht ist Criminalrecht. — Also nur allein von Criminalstrafen.

Durch die eigentliche Criminalgewalt entsteht die Erklärung: der Verbrecher sey nicht mehr Staatsbürger, der Staat erkenne keine Rechte mehr für ihn an, und schütze sie nicht mehr. Die unmittelbare Folge wäre, daß nun jedem Unterthan, dessen Handlungen der Staat sonst zu Gunsten der Rechte der Staatsbürger beschränkte, frey stände, gegen den Verbrecher sich zu erlauben, was er wolle, und irgend für nöthig hielte. Das würde aber zu vielen, schon von andern mehrmals entwickelten, Gefahren Veranlassung geben. Aus dem obigen aber folgt, daß der Verbrecher mit Uebeln belegt werden kann, die keinem Staatsbürger zugefügt werden dürfen. Die dem Staat gefährlichen Handlungen, welche Verbrechen heißen, muß derselbe auf alle Art zu verhüten suchen. Abwehrung im einzelnen Fall ist häufig nicht möglich; zur sichrern

sichrern Verhütung wird das Nebenmittel der Abschreckung dienen, und dazu können bey Verbrechen so große Uebel gebraucht werden, als bey Vergehen nicht zulässig wären. Immer aber sind diese Mittel nur unterstützende; dieser Zweck der Abschreckung ist nur Hülfszweck. Er kann indessen nur durch seine Allgemeinheit, durch die Verbindung der Criminalstrafe mit allen Verbrechen dieser Art, wirken. Die Criminalstrafgesetzgebung ist daher eine Folge der Polizeygewalt, obwohl sie, wie sich sogleich ergeben wird, Einfluß auf Rechte hat, welches indessen bey Polizeygesetzen mehrmals der Fall ist.

Es werden nemlich dem Verbrecher bey jeder bestimmten Criminalstrafe nur bestimmte Uebel genommen, in der That also nur bestimmte Rechte desselben hindangesetzt; denn selbst bey der Lebensstrafe ist doch gerade diese Art derselben bestimmt, und es sind dabey andre Uebel ausgeschlossen, ja man gesteht ihm noch häufig selbst Privatrechte über seine Güter zu. Man kann sagen, der Verbrecher erhalte durch die Strafe und bey der Strafe die andern Rechte, welche ihm die Strafe nicht ausdrücklich nimmt, wieder. Wenn der Verbrecher die Strafe übernimmt, so kann er dann verlangen, daß ihm alle übrigen Rechte unverletzt bleiben. Wer deshalb Beweis verlangte, erinnert sich gewiß nicht daran, daß unser posi-

tives Recht dem Verbrecher selbst darüber eine Vertheidigung gestattet, wie er nicht die zuerkannte, oder etwa zuzuerkennende harte, sondern nur eine gelindere Strafe verdient habe, wobey doch offenbares Berufen auf sein Recht statt hat. Bey derjenigen Beurtheilung also, welche Strafe dem Verbrecher zuzuerkennen sey, ist eigentlich das Hauptmoment dieses: auf welche Rechte der Verbrecher noch Anspruch zu machen habe; und so gehört dann auch dieser Theil der Criminalgerichtsbarkeit, und demnach die ganze Criminalgerichtsbarkeit, zur Justizgewalt.*)

Wozu man die Criminalexecution rechnen wolle, scheint mir weniger bedeutend. Ich würde sie unbedenklich der Polizey anheim geben. Diesem allen zu folge wäre die Criminalgewalt zum größten Theil zur Justizgewalt, aber doch in ein paar Rücksichten zur Polizeygewalt, zu ziehen, und es würde sich daraus wieder ergeben, was so oft in den Wissenschaften beobachtet worden, daß von zweyen scheinbar entgegengesetzten Behauptungen jede bis auf eine bestimmte Ausdehnung Wahrheit enthalte.

*) Mir scheint durch diese Sonderung der Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit bey Criminalstrafen Hrn. Prof. Feuerbachs bekannte Unterscheidung zwischen dem Zweck der Bestimmung und der Zufügung der Strafe von einer andern Seite her Licht zu gewinnen.

Fünfte Abhandlung.

Rechtfertigung meiner Eintheilung der gesammten positiven deutschen Rechtsgelahrtheit.

In mehrern meiner frühern Schriften lagen schon bestimmte Ansichten von den Grenzen und Bezirken, die ich einem oder dem andern Rechtstheile eigen glaubte, den Lesern vor Augen. In meinen beiden neuesten Lehrbüchern *) aber ist nun das alles zusammengefaßt, und eine vollständige Charte aller Felder, welche zum Gebiet der Rechtsgelahrtheit gehören, dargelegt worden.

Frey-

*) Abriß der Wissenschaftskunde und Methodologie der Rechtsgelehrsamkeit. Jena 1797. 8. — und: Institutionen des gesammten positiven Rechts; oder systematische Encyklopädie der sämmtlichen allgemeinen Begriffe und unstreitigen Grundsätze aller in Deutschland geltenden Rechte. Jena 1798. 8.

Freylich findet sich ein solcher Plan auch schon in dem allgemeinen Repertorium der Literatur für die Jahre 1785 bis 1790, dessen Bearbeitung und Herausgabe ich in Verbindung mit Hrn. Hofrath Schütz geleitet habe. In der Vorrede zum letzten Bande desselben ist unter den Fächern, deren Anordnung ich besonders übernommen und gefertigt hätte, vorzüglich die Rechtsgelahrtheit genannt, und ich bin mir in der That bewußt, auch bey diesem Geschäfte sorgfältig verfahren zu seyn, und nicht eine einzige Abtheilung gemacht, nicht ein einziges Buch classificirt zu haben, ohne der Stellung desselben eine eigne Erwägung zu widmen. Allein immer hat sich dort die Angabe der Fächer der Rechtswissenschaft in der zum Grunde gelegten Tabelle zum Theil nach dem Vorrathe der zu ordnenden Bücher richten müssen, und ich habe mehrere Unterabtheilungen, die sich sonst wohl hätten machen lassen, nicht aufgestellt, weil unter den in jenem Zeitraum erschienenen Büchern, denen ich eine Stelle anzuweisen hatte, oft keine waren, welche unter eine solche Rubrik zu bringen gewesen wären.

Und dann ist allerdings seit der Erscheinung jener literarischen Registratur*) vieles in meiner Vorstellung bestimmter, klärer und deutlicher; kurz, wie ich glaube, besser geworden. Der Plan, den ich derselben gemäß in meinen letzten Schriften vorgezeichnet habe, ist daher von den frühern, die ich angab,**) wirklich bedeutend verschieden. Ich fürchte aber darüber von einsichtsvollen Gelehrten keine Vorwürfe. Wer freylich auf den einmal gewählten Polster ruhig liegen bleibt, bey dem belehrt kein Tag den andern. Allein der unablässig Forschende muß wohl in ewiger Bewegung seyn, hin und zurückschreiten, bessern und abändern; aber wenn er auch nie zu bauen aufhört, so wird doch im Ganzen seine Wohnung und sein Gebiet immer wohnbarer, heiterer, angenehmer und erweiterter.

*) An der Anordnung des spätern Repertoriums von 1791—1795 habe ich, da der eigentliche verdiente Bearbeiter desselben, Hr. D. Ersch, zur Zeit der Verfertigung desselben von mir entfernt lebte, keinen einigermaßen bedeutenden Antheil.

**) S. z. B. auch meine praecognita juris pandectarum. §. 1. not. 3. u. a.

Indessen fällt dadurch neben und nach jener Hauptarbeit noch immer eine zweyte Nebenarbeit in Rücksicht auf andre ihm zu. Wenn er auch für sich immer mehr sich eingewöhnt, wenn er alles zu seinem Gewerbe, und zu seiner Lebensweise besser einrichtet; so müssen doch nun erst wieder andre damit genau bekannt gemacht und hineingeführt werden, wenn sie das, was er meine, und wovon er spreche, recht verstehen, wenn sie in dem von ihm errichteten Gebäude, wie in ihrem eignen, daheim seyn sollen.

Eigentlich sind selbst meine beiden neuesten genannten Bücher zunächst für mein Auditorium geschrieben; und diesem hoffe ich auch den ganzen Zusammenhang, wenigstens meine Vorstellung davon, durch die Vorlesungen darüber hinlänglich klar und begreiflich zu machen. Inzwischen mußten diese Bücher, nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge, doch auch in die Hände andrer Leser kommen, denen gleichwohl ein solcher bloß mit wenigen groben Strichen hingezeichneter Plan ohne Beschreibung, und fast ohne Bezeichnung, leicht unverständlich, oder doch unzuverlässig, erscheinen kann. Gegen sie fühle ich daher die Verbind-

bindlichkeit, mich weitläuftiger zu erklären, recht stark. Ich kann die Stimme derselben nicht einmal überhören, ohne sogar der Pflicht gegen mich selbst, den Misverständnissen und Misdeutungen soviel möglich vorzubeugen, Abbruch zu thun; und wer erfüllt diese nicht gern, wenn es ihm anders um seine literarische Ehre und die beabsichtigte literarische Wirksamkeit redlich zu thun ist? — Ich will indessen für jezt nur von den Haupttheilen und der Verbindung des Ganzen meine Ansicht und Meynung mehr zu erläutern und zu befestigen suchen.

Gerade über diese Verknüpfung der Hauptglieder ist man noch unter den Rechtsgelehrten bisher eben so wenig einig gewesen, als es die Gelehrten überhaupt über die Abtheilung der ganzen Gelehrsamkeit im allgemeinen, und über die zusammenhängende Verbindung aller ihrer Theile, oder aller und jeder Wissenschaften waren. Und zwar ist gerade diese Untersuchung und die dadurch veranlaßte gegenseitige Verhandlung in neuern Zeiten noch lauter, angelegentlicher und häufiger zur Sprache gebracht; ganz dem wohlthätigen und erfreulichen Charakter unsrer Tage

mäß, in welchen fast alle wissenschaftlichen Untersuchungen, vorzüglich aber diejenigen, welche ausgedehntern Einfluß auf Bearbeitung ganzer Wissenschaften haben, allgemeineres Interesse und ausgebreitetere Aufmerksamkeit erregen. Man hat mancherley Wege eingeschlagen, um zu einem befriedigenden Resultat über den wissenschaftlichen Zusammenhang der Jurisprudenz zu gelangen. Diese Versuche sind zum größten Theil von Männern gemacht, deren tiefe Einsicht in das Wissenschaftliche der Jurisprudenz und deren Scharfsinn, mit dem sie alle ihre Arbeiten beherrschen, von niemanden verkannt werden kann. Selbst die ehrwürdigen Verfasser des preußischen Gesetzbuchs haben eine solche Abtheilung, so wenig dies auch ihr Hauptaugenmerk seyn konnte, neu zu begründen versucht; und außerdem haben die Herren Dabelow, Reitemeier, Hugo und Thibaut, um andrer zu geschweigen, neuerlich mehrere Ideen darüber geäußert.

Ich würde unter diesen auch den scharfsinnigen Hrn. Schmalz nennen, dessen Schriften mir freylich nicht immer allgemein annehmbare Meynungen und Darstellungen, aber in vielen

vielen Aeußerungen doch sehr reichen Stoff zu meinen Betrachtungen darzubieten scheinen, wenn er sich nur bestimmter über die Eintheilung der Rechtswissenschaft erklärt hätte. Denn da er sich in seinem Lehrbuch der Encyclopädie, dem Titel desselben gemäß *), nur auf das gemeine Recht einschränkte; so ist begreiflich, daß seine Eintheilung desselben **) in

1) Naturrecht.

2) positives Recht — und des letzten in

a) Recht der Römer

b) Kanonisches Recht.

c) Deutsches Recht (zu welchem er auch das Lehnrecht zählt) — und in

3) Europäisches Völkerrecht.

*) Encyklopädie des gemeinen Rechts. Königsberg 1790. 8.

**) Ebend. §. 14.

gar nicht den Zweck haben konnte, die Theile des positiven Rechts überhaupt zu erschöpfen. Die Frage: in wie fern dies alles gemeines Recht heißen könne; die an sich auch wohl einer Betrachtung werth wäre, hängt mit der gegenwärtigen Untersuchung ohnehin nicht zusammen.

I.

Erfodernisse jeder Abtheilung der Rechtswissenschaft.

Um in der Beurtheilung der von andern versuchten, oder auch der von mir vorgeschlagenen Eintheilung des Rechts, gehörig fortschreiten zu können, muß man sich wohl über einige Grundsätze vorher vereinigen, durch welche die Erfodernisse der Abtheilung der Jurisprudenz bestimmt werden. — Auf eine recipirte Eintheilung der gesammten positiven Rechtsgelahrtheit ist bey dieser Untersuchung gar nicht zu sehen; denn man darf nur, Beyspielshalber, die juristische Encyklopädie von August Friedrich Schott *), einem Schriftsteller, bey dem man das recipirte, wenn es vorhanden wäre, gewiß angegeben finden würde,

*) §. 25 — 262.

würde, nachsehen; man findet da wohl ein Aggregat von vielen Scienzen, in welchem fast jedes Capitel einer Wissenschaft genannt und als abgesonderte Disciplin aufgeführt ist, falls es nur je mit einem eignen Namen belegt worden; aber nicht einmal ein Versuch einer Unterordnung ist daselbst vorhanden. Viele unsrer ältern Rechtsgelehrten sind auch sehr geneigt, es als unmöglich anzunehmen, daß man eine Eintheilung auffinde, die die ganze Jurisprudenz umfasse. Sie glauben, man müsse es einmal bey lauter einzeln stehenden Gebäuden lassen. Sollte aber diese vorgefaßte Meynung wohl einer weitläuftigen Beleuchtung und Widerlegung bedürfen?

Es ist wahr, der alte Studienplan und die ganze frühere Bearbeitung des Rechts kann wohl auf keine erfreulichere Ansicht führen. Schon das Chaos der bisherigen Pandektencollegien muß den Eindruck einer allgemeinen Verwirrung im Gemüthe des Zuhörers zurücklassen, dessen er sich, ohne ganz besondre Verwendung darauf, wohl lange, vielleicht für sein Leben, nicht wieder entledigt. Allein läßt sich denn überhaupt eine Wissenschaft, die doch einen allgemeinen Begriff haben muß, ohne

Zusammenhang denken? läßt es sich annehmen, daß besonders die Rechte, welche sich über alle Verhältnisse des menschlichen Zusammenlebens verbreiten, dennoch nur in einzelnen Parthien, und nie im Ganzen, zusammenzufassen seyn sollten?

Durch diese Bedenklichkeit also wollen wir uns im Bestreben, der Rechtslehre Ordnung und Zusammenhang, ja ich möchte sagen, eben dadurch erst Daseyn zu geben, nicht irre machen lassen. Nur vor allen andern muß man darüber mit sich und andern einverstanden seyn: was man denn eigentlich mit einer Abtheilung der Rechtswissenschaft wolle? und unter was für Voraussetzungen sich eine solche ohne Widerspruch denken lasse?

Es ergiebt sich dies nach meiner Einsicht besonders durch folgende Bestimmungen und Erfodernisse:

1) Eine befriedigende Abtheilung der Jurisprudenz muß vollständig seyn, und also alle Theile dieses ganzen wissenschaftlichen Gebiets umfassen. Ist irgend ein Theil nicht an eine schickliche Stelle gekommen, so findet sich nach Vol-

Vollendung des Entwurfs noch irgend eine neue überſehene oder bisher gar unbearbeitete Rechtslehre, der nicht ein ſchicklicher Platz angewieſen werden kann; ſo iſt eben darum die Abtheilung ſchon gewiß in einer oder der andern Rückſicht fehlerhaft.

2) Jede Abtheilung der poſitiven Rechtsgelahrtheit muß eben ihrer Natur nach ſelbſt poſitiv, aus der poſitiven Rechtswiſſenſchaft allein herausgegangen, ſeyn. Meiner Ueberzeugung nach liegt gerade eine Haupturſache, warum alle bisherigen Verſuche, ein Syſtem in die ganze Jurisprudenz zu bringen, und ſelbſt die meiſten nur auf einzelne Theile der Rechtsgelahrtheit gerichteten Syſtematiſirungen mißlungen ſind und mißlingen mußten, eben darinn, daß man ein ſchon fertiges Syſtem zu der Bearbeitung mitbrachte. Bald hatte man es irgend einem ſchon bearbeiteten Rechtsſyſtem, bald der Vorſtellungsart irgend eines Volks abgeborgt, bald — und das war oft das ſchlimmſte — hatte man ſich ſelbſt ein Syſtem, gleichſam à priori geſchaffen, worunter denn das a poſteriori gegebne, meiſt willkührlich beſtimmte, poſitive Recht ſich beugen und ſchmiegen ſollte. Das that es nun

frey-

freylich nicht, war zu spröde, widerstand und brach. Die Beweise liegen vor Augen. —

Dies alles bestimmte mich gerade den entgegengesetzten Weg zu versuchen. Ich fing mit dem kleinsten Detail an, ging jede einzelne Lehre durch, suchte jeden einzelnen gültigen Satz in den ihm eigenthümlichen Gesichtspunkt zu stellen, und aus dieser Bearbeitung des einzelnen ergab sich allmählich für mich Verbindung, Uebersicht und vollkommener Zusammenhang. Es mag freylich eine etwas auffallende Erscheinung seyn, daß aus einem solchen Bearbeiten des Details denn doch eine Darstellung hervorging, welche mit Ansichten wohl zusammenstimmte, die sich aus allgemeinen Betrachtungen über das Recht überhaupt rechtfertigen ließen; indessen ist auch diese Erscheinung aus andern Rücksichten gar nicht unerklärlich. — Nur kann bey dem allen die ganze oberwähnte Operation nicht vor den Augen der Leser eben so wiederholt werden; das ist für sich klar, und ohne Beweis oder Versuch einleuchtend. Gleichwohl habe ich die Hoffnung, meinen Lesern durch die genauere Darstellung und Rechtfertigung meiner Ansicht das Geständniß abzugewinnen, daß sie

sie den Gesichtspunkten des positiven Rechts nie Gewalt anthue, und dennoch zugleich eine natürliche und dem Wesen des Rechts überhaupt gar nicht widersprechende Uebersicht darbiete. Dabey ist aber nothwendig, daß wir noch über ein Erfoderniß einig sind.

Es geht nemlich 3) ein positives Recht aus einer bestimmten Willkühr aus, und dies nicht bloß in seinen eigentlichen Vorschriften, sondern auch in vielen von seinen Verhältnissen, den vorausgesetzten Begriffen, Gesichtspunkten u. s. w. Diese willkührlichen Bestimmungen sind aber nicht bey allen Völkern, ja nicht bey demselben Volke zu allen Zeiten, gleich. Sie ändern sich häufig im einzelnen, nicht selten selbst im allgemeinen. Eine zusammenstimmende Uebersicht ist daher nur möglich, wenn man einen Innbegriff von Rechten auf einer bestimmten Epoche faßt. Uns geht natürlich hier bloß das gültige, folglich das heutige, Recht an. Also nur von einer Classification der heutigen Rechtswahrheiten und Rechtslehren kann die Rede seyn. Ohnehin sind diese allein eigentliche Rechtswissenschaft, als welche doch nur Wissenschaft der geltenden Rechte seyn kann. Alles übrige

gehört der Geschichte des Rechts an. Diese kann zwar eben so gut, und muß sogar, wenn sie wirklich lehrreich seyn soll, Uebersichten der Rechte nach verschiedenen Perioden geben. Allein es werden sich solche kaum im allgemeinen, geschweige denn in der einzelnen Articulation völlig gleich sehen. So kann der Religionsdienst bald als eine Privatanstalt, bald als Sache des Staats angesehen, das Aemterverhältniß bald ein Theil der Staatsverfassung, bald nur ein Zweig der Staatsverwaltung seyn u. s. w. Daher wird in der Rechtsgeschichte die Uebersicht einer spätern Periode der unmittelbar vorhergehenden nicht mehr ganz ähnlich sehen; aber eben diese Abänderung der Gesichtspunkte ist selbst ein Hauptgegenstand der Geschichte des Rechts, insofern dieselbe die Veränderungen des eigentlichen Geistes der Rechtsgelahrtheit darstellen soll.

Endlich ist auch 4) eine logische Regel bey jedem Unternehmen, die Jurisprudenz gehörig abzutheilen, nicht zu vergessen; nemlich die, daß jede zweckmäßige und zusammenstimmende Eintheilung nur einen Eintheilungsgrund haben könne. Es versteht sich dabey immer zuförderst, daß dies nur bey jedem Punkt einer

Ein=

Eintheilung für sich selbst betrachtet, im strengsten Sinne gilt, indem es gar nicht unzulässig ist, bey einem neuen Punkt, zu welchem man fortschreitet, auch einen wenigstens etwas abändernden Gesichtspunkt der Eintheilung anzuwenden, obgleich es gut ist, die Hauptansicht nicht ganz zu verlassen. Wenn aber nun auch auf der andern Seite eine Eintheilung selbst mit ihren Unterabtheilungen aus einem bestimmten Gesichtspunkte zusammenhängend aus einander gelegt ist; so hindert dieses doch gar nicht, daß man nicht in der Folge eine aus andern Gründen zertheilte Darstellung von Unterschieden mit jener frühern verbinde und verflechte, und dadurch neue Arten und Abarten hervorbringe.

Sind die Leser nun mit den bisherigen Bestimmungen und dieser Entwickelung der Erfodernisse einig; so ist zu hoffen, daß sie wenigstens mehreres von der folgenden Anwendung derselben auf das Recht zugeben und annehmlich finden werden. — Doch wird auch wohl jetzt noch erst die Frage genauer zu erwägen seyn: was man doch eigentlich eintheilen wolle? — Man wird freylich ohne Zaudern antworten: das Recht oder die

Rechts-

Rechtswissenschaft. Die Antwort an sich kann offenbar nicht anders ausfallen; laßt uns doch aber noch einmal erwägen, was sie eigentlich sagen will. Es ist nemlich mit den Rechten und den Grundsätzen, welche diese bestimmen, so mancherley in näherer oder entfernterer Verbindung, was im strengsten Sinne nicht dazu gehört. Ich will jetzt die gewiß trifftige Bemerkung einiger neuern, daß die Begriffe, Eintheilungen, u. dgl., kurz alles, was nicht unmittelbar gesetzliche, das Recht bestimmende, Vorschriften enthält, zur Wissenschaft der Rechte eigentlich nicht gehöre, nicht weiter in Anschlag bringen; denn als Vorbereitungslehren kann dies alles doch von dem Vortrage derselben nicht getrennt werden, und darum kann diese Rücksicht auf die Eintheilung der Rechtsgelahrtheit in der Hauptsache keinen Einfluß haben.

Wichtiger ist eine andre Classe von Gegenständen. Alt und allgemein bekannt ist die Unterscheidung von Theorie und Praxis der Rechtsgelahrtheit, oder auch von theoretischer und praktischer Rechtsgelahrtheit. Nun ist es schon ein Fehler, diese beiden Arten von Ausdrücken für gleichbedeutend zu halten; obgleich

gleich dieser Fehler jetzt nicht mehr sehr gemein ist. Es durfte nur einmal recht bestimmt bemerkt werden, daß Praxis nur die eigentliche Ausübung bedeute, also auch keine Theorie sey, als solche nicht gelehrt, und auch für keinen Theil einer Wissenschaft gezählt werden könnte; so durfte man mit Recht auf Vermeidung dieses falschen Sprachgebrauchs im allgemeinen rechnen. Indessen gab es eine Summe von Regeln, welche für die Praxis unmittelbarer als die übrigen Rechtsregeln zu gelten schienen, also eine Theorie der Praxis, die viele unbedenklich unter den Namen der praktischen Rechtsgelahrtheit aufführten. Verdient diese Theorie der Praxis aber wohl allgemein diesen Namen? — Man erwäge nur (was freylich, so klar es ist, meistens zum großen Nachtheil, selbst der Abtheilung in den akademischen Collegien übersehen wird), daß es zwar allerdings eine Summe von Regeln giebt, welche als unmittelbare Vorschriften der Gesetze beobachtet werden müssen, deren Verabsäumung daher gesetzwidrig und verwerflich ist, und welche deswegen auch entweder bloß Mißbilligung der Gesetze oder aber Polizeystrafe, selbst Verlust von gewissen Rechten, nach sich zieht; allein daß auch dagegen

noch eine davon ganz verschiedne Classe von Regeln vorhanden ist, und in den sogenannten praktischen Rechtswissenschaften mit begriffen und vorgetragen wird; ich meyne bloße Regeln der Kunst und Geschicklichkeit, die nur die Erreichung eines Zwecks erleichtern und befödern. Diese sind nun freylich eben so gut zu beobachten; nur nicht darum, weil auf ihre Unterlassung der Verlust von Rechten nothwendig folgt, sondern weil er bloß folgen kann; nicht darum, weil man die Erreichung des Zwecks bey ihrer Unterlassung gewiß verfehlt, sondern weil man derselben sonst nicht so sicher ist. Solche technische Regeln sind aber keine Rechtsregeln; denn es hängen unmittelbar keine Rechte davon ab. Es ist daher in Ansehung derselben wohl eine Theorie der Praxis, aber keine praktische Rechtswissenschaft im strengen Sinne möglich. Für die praktische Rechtswissenschaft könnten demnach nur diejenigen Regeln übrig bleiben, welche wirkliche, nur bey der Ausübung, z. B. im Gerichte, vorkommende, Rechte bestimmen; allein diese sind im Grunde doch ein unmittelbares Antheil der Theorie des Rechts, in welcher ja eben das vorzutragen ist, was als Recht gilt, es sey in welchem Verhältnisse es wolle. Es

ist

ist deshalb, aus diesem Gesichtspunkt betrachtet, der Name: praktische Rechtsgelahrtheit, in der That nicht der Sache angemessen; es gehört alles dies in die Theorie; und daher muß denn auch die eigentliche rechtliche Lehre vom Proceß, nach welcher die Rechte des Klägers, des Beklagten, des Beweisführers u. dgl. in jedem Stadium des Processes zu bestimmen sind, der Theorie nicht entzogen werden. — Dagegen kann allenfalls der Name: praktische Rechtswissenschaft, wohl dem Inbegriff jener technischen Regeln bleiben, wenn gleich der Ausdruck nicht ganz genau ist. Nur wäre dabey zu wünschen, daß auch der akademische Vortrag derselben sich allein auf jene technische Regeln beschränkte. Der Vortheil für das Studium würde, wie mir scheint, und wie an einem andern Orte vielleicht mit mehrerm gesagt werden kann, bedeutend seyn.

II.

Darstellung meiner Abtheilung.

So ist denn durch das bisher Ausgeführte die Nothwendigkeit bey der Eintheilung des Rechts eine besondre praktische Rechtswissen-

schaft aufzuführen, entfernt; und es kommt nur auf die Rechtfertigung der Eintheilung der Theorie an. Meiner Ansicht nach ist denn dies die natürlichste Darstellung derselben:

I. Rechte im Innern des Staats.

1) Privatrecht im engern Sinne.

a) Bürgerliches Recht, Civilrecht (im engern Sinne)

b) Lehnrecht

c) Kirchenrecht.

2) Oeffentliches Recht.

a) (Einheimisches) Staatsrecht.

b) Regierungsprivatrecht.

c) Peinliches Recht

d) Proceßrecht.

II. Rechte zwischen mehrern Staaten

1) Völkerrecht

2) Auswärtiges Staatsrecht *).

We-

*) Vergl. meine Wissenschaftskunde bes. §. 33—44. und meine Institutionen, vorzüglich §. 252 — 264.

Wegen dieser Eintheilung ist nun zuförderst gleich zu erinnern, daß bey derselben nicht auf den Ursprung, welcher ohnehin in der Hauptsache bloß der Rechtsgeschichte, und nicht unmittelbar dem geltenden Recht angehört, auch nicht auf die Art der Gültigkeit als einen Eintheilungsgrund gesehen worden, sondern allein auf die Verschiedenheit der Gegenstände der Rechtslehre, nemlich die Rechte selbst, und die Verhältnisse, worauf jene sich beziehen. Es ist dadurch der obgedachten logischen Regel entsprochen, und an einen andern Eintheilungsgrund war wohl um so weniger zu denken, weil selbst die freylich für die unmittelbare Anwendung höchst wichtige Verschiedenheit der Gültigkeit, nach welcher das Recht besonders in gemeines und particulares Recht zerfällt, doch immer nur eine Nebenbestimmung angiebt, welche auf eine anders vorher sich ergebende Art von Rechten erst angewendet werden muß.

Sodann kann auch bey einer allgemeinen Betrachtung dieser Eintheilung alle Rücksicht auf die doppelte Staatsgewalt in Deutschland wohl dahin gestellt bleiben, obwohl sie bey der genauern Zerfällung mehrerer einzelnen

Rechtstheile, auf welche aber unsre jetzige Betrachtung nicht nöthig hat einzugehen, bedeutend genug wird. Auch glaube ich, ist es überflüssig, über die Grundlage der Eintheilung viel Worte zu machen. Sie ist leicht einzusehen, und ich möchte sogar mit denen nicht einmal weitläuftig streiten, welche lieber Privatrecht und öffentliches Recht zu den Hauptgliedern der Abtheilung machen, und nachher das Völkerrecht mit dem auswärtigen Staatsrecht dem letzten mit unterordnen. Es scheint mir gar nicht die Hauptsache anzugehen, sondern eher der Willkühr überlassen werden zu können.

Ich muß ferner dankbar gestehen, daß auch die Scheidung des Rechts in Privatrecht und öffentliches Recht entlehnt ist. Hr. Hugo, dessen unablässigem Forschen wir schon so vieles schuldig sind, hat auf die alte Bedeutung von jus publicum und privatum im classisch-römischen Sinne von neuem aufmerksam gemacht. Indessen sind die römischen Namen zwar passend genug; nur dürften die römischen Bestimmungen*) wohl selbst für das römi-

*) z. B. L. 1. §. 2. D. de just. et jure (I, 1.) und in dem daraus abgeschriebenen §. 4. I. eod. (I, 1.)

römische Recht nicht erschöpfend, noch weniger für unsre Rechte durchaus genügend seyn. Es ist also besonders diese Abtheilung genauer zu bestimmen. Um aber dies mit hinlänglicher Klarheit thun zu können, wird es nöthig seyn, gleich anfangs darauf die Aufmerksamkeit zu lenken, daß wir nach dem jetzigen juristischen Sprachgebrauch das Wort Privatrecht in einer doppelten Bedeutung gebrauchen. Also nun

III.

Rechtfertigung meiner Abtheilung.

1) Doppelte Bedeutung des Ausdrucks: Privatrecht, und die in jeder demselben entgegen zu setzenden Rechtstheile.

Jus privatum wird immer dem juri publico entgegengesetzt. Allein dies letzte Wort ward, wie schon angedeutet, in neuern Zeiten meistens in einem andern Sinne genommen, als es die Römer gewöhnlich nahmen. Die Neuern bezeichneten damit fast immer das Staatsrecht, die Römer weit mehr; es war

daher ganz zweckmäßig, dafür einen andern deutschen Namen zu wählen, und der wirklich gewählte: öffentliches Recht, ist der Sache und dem sonstigen Sprachgebrauch ganz angemessen. — Ist nun aber beiden Bedeutungen des juris publici das Privatrecht entgegengesetzt; so muß ganz offenbar auch dies letzte eine doppelte Bedeutung erhalten.

Unbedenklich wird man mir nun wohl zugestehen, daß das Staatsrecht eigentlich nur die Rechte der Staatsgewalt als solcher begreife, das öffentliche Recht aber alles, was aus dem gesammten Recht den Staat näher angeht, umfasse. Folglich umschließt dieses mehr als jenes; und also ist das dem öffentlichen Recht entgegengesetzte Privatrecht gewiß von geringerm Umfange als das dem Staatsrecht entgegen stehende. So wird man mir denn wohl erlauben, jene Art des Privatrechts das Privatrecht im engern Sinne, diese das Privatrecht im weitern Sinne zu nennen.

Gerade diese Unterscheidung der beiden Arten des Privatrechts ist meines Bedünkens bisher zum großen Nachtheil bestimmter Einsichten übersehen worden. Aber es ist mit die-

ser

ser Entgegensetzung allein die Sache selbst noch lange nicht aufgeklärt. Wir müssen eben jetzt sehen, was denn nun jede Art nach der gegenwärtigen Lage der Wissenschaft heißen kann. Nur dürfte durch die gedachte Zusammenstellung ziemlich deutlich erhellen, daß der Unterschied des Privatrechts im weitern Sinne vom Staatsrecht im Subject zu suchen sey. Das Staatsrecht lehrt Rechte der Staatsgewalt, das Privatrecht im weitern Sinn ist demnach der Inbegriff solcher Rechtslehren, deren Subject eine Privatperson ist; wie man denn jedes einzelne Recht, das einer Privatperson, als seinem Subject zusteht, selbst ein Privatrecht nennen kann.

Sieht man nun aber auf das dem öffentlichen Recht entgegengestellte Privatrecht im engern Sinne; so kann dieser Unterschied gar nicht mehr in das Subject der Rechte gesetzt werden; auch wenn wir hiebey dem Vorgange der Römer folgen wollen. Publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem (pertinet), sagen die angeführten Gesetze. Man wird hier offenbar auf die Verhältnisse gewiesen, auf welche das Recht bezogen ist. Das

öffentliche Recht muß unmittelbarer mit dem Staate zusammenhängen, als das demselben entgegengestellte Privatrecht. Unmittelbarer, sage ich; denn daß zuletzt alles Recht nur durch den Staat vollkommen begründet und gesichert sey, oder wenn man auch lieber will, worüber ich hier nicht streiten mag, durch den Staat erst existire, wird man mir hoffentlich nicht als einen Einwurf entgegensetzen. Sonst schweige ich freylich gegen so tief geschöpfte Erinnerungen, und verweise, weitrer Belehrung wegen, auf die alte, so oft verachtete Glosse, die schon sehr weislich bey jenem Pandektengesetz bemerkt, daß sich beides nur principaliter verstehe; indem das privatum auch secundario ad publicam utilitatem, wie das, quod est publicum principaliter, secundario ad utilitatem singulorum diene.

Ist man nun bey der Grundabtheilung der Rechte im Innern des Staats vom Subject der Rechte weg, und vielmehr auf die Verhältnisse, für welche Rechte festzusetzen sind, gewiesen, so wird man dann darauf geleitet, daß das öffentliche Recht lauter vom Staat unmittelbar abhängige und auf ihn sich beziehende Rechte enthalte, mithin das diesem gegen

gen über zu stellende eigentliche Privatrecht solche Rechte begreife, die nicht unmittelbar vom Staate abhängen. Daß dies nun gewiß lauter Privatrechte im oben bestimmten weitern Sinne seyn, und daß das eigentliche oder im engern Sinne genommene Privatrecht gewiß eine Art des Privatrechts im weitern Sinne sey, ist wohl ohne alle weitre Erläuterung klar. — Ich denke demnach dies Privatrecht im engern Sinne wohl so bestimmen zu dürfen: es sey die Lehre von solchen Rechten, welche zu ihrem Begriff und zu ihrer Erklärbarkeit nicht den Staat oder Anstalten, welche nur durch diesen möglich sind, voraussetzen. — Ich sage in dieser Bestimmung bloß: zu ihrem Begriff und ihrer Erklärbarkeit; nicht zur festen rechtlichen Begründung, nicht zum Schutz, nicht zur genauern Bestimmung derselben im einzelnen. Daß nemlich ohne den Staat auch keins dieser Rechte fest gegründet sey, daß es nur durch diesen allein wirklich geschützt werden könne, daß es ihm frey stehen müsse, vieles daran zu ändern, ja wohl ein und das andre geltende Recht mit allen Bestimmungen deshalb ganz aufzuheben, bestreite ich durch das obige nicht im geringsten, sondern behaupte es vielmehr ganz aus-

drücklich. Von allen diesen Nebenbestimmungen, die zum Theil ganz zufällig sind, ist aber hier um so weniger die Rede, da wir jetzt immer von der Ansicht des bey uns geltenden positiven Rechts sprechen. Die Folge wird sogar zeigen, daß man jenem angegebnen Begriff des eigentlichen Privatrechts genau treu bleiben kann, und dennoch einzelne nach unserm heutigen positiven Rechtssystem darunter zu rechnende Lehren nach andern Ansichten andrer Länder, Orte und Zeiten immer unter das öffentliche Recht geordnet werden müßten. Will man sich das oben gesagte noch mehr versinnlichen, so vergleiche man nur die von mir unter das Civilrecht (im engern Sinne), den Hauptheil des eigentlichen Privatrechts, geordneten Lehren*) die Rechte der Persönlichkeit, des Eigenthums, der Servituten, des Pfandrechts, der Verträge, der *obligationum ex delicto*, *quasi ex contractu*, *quasi ex delicto*, *ex aequitate*, mit den sie sämmtlich betreffenden Veränderungen, der Privatstände, der Verwandschaften, der Gesellschaften, der Familie, der Erbschaften, Testamen-

*) S. Institutionen §. 416—851.

stamente u. s. w. Man wird hoffentlich mich nicht erst darüber belehren wollen, wie viel in der diese Lehren betreffenden Gesetzgebungen vom Staate abhänge, wie z. B. die lex commissoria beym Pfande verboten sey, wie genau das jus distrahendi bey selbigem bestimmt sey, wie mehrere andre Verträge eingeschränkt oder verboten seyn, wie die Zinsgränzen willkührlich und genau bestimmt seyn, wie die testamentliche Form, die Intestaterbfolge so genau durch den Staat regulirt sey ꝛc. Ich glaube das alles auch einigermaßen zu wissen; ich weiß sogar noch mehr, ich weiß, daß mehrere jener Rechte durch den Staat ganz aufgehoben werden könnten, und daß alsdenn von denselben gar nicht mehr als von Gegenständen des Privatrechts die Rede seyn könnte. Könnten doch nach Grundsätzen der Oekonomisten sehr leicht die Testamente ganz verboten werden, wie bey den Römern die Erbverträge wegfielen. So müßten denn beyde aus den Gegenständen des Privatrechts weggelassen werden, und eben so gehörten im Mittelalter auch die Zinsen nicht zu den Gegenständen der Rechte einer Privatperson. Von den Gegenständen aber, die in einem andern positiven Privatrechte mehr oder weni-

ger seyn könnten, ist hier gar nicht die Rede, wo wir uns mit der Abtheilung des in Deutschland wirklich geltenden Privatrechts beschäftigen; und gerade in dieser bestimmteren Begränzung läßt sich an der von mir vertheidigten Bedeutung um so weniger zweifeln, weil der unverkennbare Geist unsrer ganzen positiven Gesetzgebung eben dahin geht, über alle gedachten und andre in meinen Institutionen zum Privatrecht gerechnete Gegenstände der Privatwillkühr in der Regel ein freyes Feld zu lassen, nur durch die nothwendigsten Einschränkungen, ohne welche man den Staat gefährdet glaubt, dasselbe zu begränzen, und übrigens alle darüber vorhandenen Regeln der Gesetzgebung bloß als zur Aushülfe (in subsidium) auf den Fall, da die Privatleute nichts darüber bestimmt hätten, eintreten zu lassen. Als vor der positiven Gesetzgebung vorgefunden, durch Privatpersonen und deren Willkühr bestimmt und geschaffen, und also in der Hauptsache vom Staat und der positiven Gesetzgebung nicht abhängig, betrachten unsre Gesetze, wenn sie anders wohl verstanden werden, alle diese Lehren. Es ist ja dies eben auch der Geschichte der fremden und deutschen Rechte auf das genauste gemäß; lange vor-

her

her waren alle Hauptlehren über jene Gegenstände allmählig entstanden, durch Gewohnheiten, Nachrichten und Meynungen einzelner Rechtsgelehrten, oder andrer Privatleute, überliefert, und genauer entwickelt, ehe sie in die eigentliche Gesetze übergingen, im Justinianeischen Recht und unsern einheimischen Gesetzbüchern, deren größter Theil bekannter weise ursprünglich nur niedergeschriebene Gewohnheiten sind, gesammelt wurden. Es läßt sich bey einem unbefangnen Studium unsrer Gesetze selbst kaum verkennen, daß diese den Staat mit seinen Anstalten wirklich nur als ein Mittel zur Erhaltung jener früher und unabhängig vom Staat existirenden Rechte ansehen.

Man kann dieser Vorstellung gemäß das eigentliche Privatrecht als den Zweck, das öffentliche Recht als Mittel zu jenem Zweck ansehen. Also noch einmal, um Eigenthum mit seinen Einschränkungen, um Verträge, und die aus ihnen entstehende oder andre diesen ähnliche Rechtsverhältnisse, um häusliches Verhältniß, um Erbfolge und letzte Willensverordnungen, und die übrigen Gegenstände des eigentlichen Privatrechts in ihren Hauptbestim-

stimmungen und mit ihren Hauptgrundsätzen zu denken und erklärlich zu finden, braucht es nicht den Begriff des Staats und der davon abhängenden Anstalten und nicht eine unmittelbar darauf zu nehmende, und dabey zum Grunde zu legende Rücksicht darauf. Uebrigens möchte es wohl kaum der Erinnerung bedürfen, wenn nicht so manche ähnliche vermeyntliche Widerlegungen demjenigen, der einigermaßen mit dem Gange der gelehrten Welt bekannt ist, unwillkührlich vorschwebten, daß es kein entscheidender Gegengrund gegen die vorher versuchte Bestimmung des Privatrechts wäre, wenn man an einem und dem andern Gegenstande zeigen wollte, daß sich dieser ohne Staat und Staatsanstalten nicht denken ließe. Das würde ja die Bestimmung des Begriffs vom Privatrecht nicht im mindesten aufheben, sondern, wenn der Einwurf gegründet wäre, höchstens beweisen, daß der Gegenstand, welchen man als Beyspiel aufgeführt hätte, nicht unter das Privatrecht gehöre. Ich würde, wenn man mich über solche einzelne Ansichten belehrte, um so weniger anstehen, eine Veränderung des Platzes einer einzelnen Lehre vorzunehmen, da ich sowohl selbst künftig noch manches ändern kann, wiewohl ich jetzt außer

dem Wechselrecht eine solche Abänderung nicht vorhabe. Allein von diesem kleinern Detail der größern Abtheilungen kann in dieser Abhandlung noch nicht vollständig die Rede seyn. Ueberhaupt wird nun manches von dem bisher gesagten noch durch die Beleuchtung der einzelnen untergeordneten Theile des Privatrechts im engern Sinne, des Civilrechts im engern Sinne, des Lehnrechts und des Kirchenrechts, klärer werden. Von dem Privatrecht im weitern Sinne, welches schon nach der bisherigen Entwickelung als kein besondrer Haupttheil in unsrer Darstellung erscheinen kann, wird daher immer nur beyläufig Notiz genommen werden können.

2) Civilrecht.

Auch hier glaube ich gleich davon ausgehen zu müssen, daß ein doppeltes Civilrecht anzunehmen sey; eins im engern und eins im weitern Sinne. Das letzte begreift das erste mit in sich, und ist so eine Art des Privatrechts im weitern Sinne; aber zunächst hier noch nicht zu betrachten. Jetzt ist das Civilrecht im engern Sinne, das auch wieder einen Theil des Privatrechts in der engern Be-

deutung ausmacht, besonders zu erwägen. Ich darf hier wohl kaum weitläuftig erinnern, daß ich hier weder die altrömischen Bedeutungen von jus civile, noch unmittelbar den Gebrauch des Ausdrucks jus civile für römisches Recht oder Gesetzbuch anwenden kann. Indessen ist das Wort: Civilrecht, doch in der neuern juristischen Kunstsprache für den Inbegriff besondrer Rechtslehren im Gegensatz des Lehnrechts, Kirchenrechts, Staatsrechts, peinlichen Rechts und Völkerrechts so gäng und gäbe, daß ich meine Berechtigung, dasselbe für einen besondern Rechtstheil, welcher eigenthümliche Gegenstände umfaßt, zu gebrauchen, wohl nicht erst zu erweisen habe. Es kommt mir indessen zu statten, daß ich bey der Entwicklung der Bedeutung sogar etymologisch diesem Ausdrucke treu bleiben kann.

Civilrecht im engern Sinne ist mir nemlich der Theil (oder der Inbegriff der Lehren) des Privatrechts im engern Sinne, in welchem die Privatperson bloß als Staatsbürger (*civis*) betrachtet wird; daher denn der natürliche Name desselben.

Es mag zur Erläuterung dieses Begriffs gleich anfangs ausdrücklich erwähnt werden, daß eine Privatperson (ein Privatmann) jeder (jede Person) ist, insofern dessen Rechte weder Rechte der Staatsgewalt sind, noch solche gegen ihn gelten.*) Dadurch, daß Rechte der Staatsgewalt als solche gegen ihn gelten, ist das Verhältniß des Unterthans für ihn bestimmt.**) Ein Staatsbürger aber ist jeder, zu dessen Gunsten der Staat errichtet ist, dessen Rechte der Staat begründen und erhalten soll, also anerkennen muß, auf den sich der Zweck des Staats bezieht.***) Daß alle diese Bestimmungen einander nicht aufheben, sondern sehr wohl neben einander in einem Wesen bestehen können; dürfte ich wohl für die meisten Juristen, für welche die Lehre von der Vereinigung mehrerer Personen in einem Wesen eine wichtigere Fundamentallehre als selbst für die alten Theologen ist, nicht einmal erwähnen. Ich kann nach derselben denn wohl sagen, daß das Civilrecht im engern Sinne zu seinem Subject den Privatmann, insofern er

*) Institutionen §. 214.

**) Ebend. §. 212.

***) Vergl. Instit. §. 210.

bloß als Staatsbürger betrachtet werde, insofern seine Bestimmungen den Bestimmungen aller Staatsbürger gleich sind, erfodre. Um indessen vollkommen verstanden zu werden, will ich es lieber noch genauer zusammenstellen: Also

1) es kommen die Rechte des Civilrechts jemanden zu, insofern er Privatmann ist; nicht insofern er Staatsbürger, und noch weniger insofern er Unterthan ist. Aber

2) als Staatsbürger kann er auf den Schutz und die Erhaltung derselben im Staat Anspruch machen. Er darf indessen nur als solcher überhaupt betrachtet werden, damit man die Anerkennung dieser Rechte voraussetzen könne; es ist weiter kein besonderes Verhältniß nöthig.

Nun tritt freylich bey dieser Beschränkung des Civilrechts, nach welcher die Grenzen für dasselbe enger als für das eigentliche Privatrecht gezogen werden, mehr als eine Bedenklichkeit hervor. Wird denn der Privatmann nicht immer als Staatsbürger angesehen, sobald

bald der Staat für ihn Rechte anerkennt? Gewiß; es können ja sonst gar keine positiven Rechte für ihn gelehrt werden. Was soll aber sodann der Zusatz: bloß als Staatsbürger? In jedem rechtlich gültigen Verhältnisse wird er als Staatsbürger angesehen, und dennoch ist kein einziges Recht denkbar, ohne irgend ein neues besondres Verhältniß, ohne Voraussetzung irgend einer Thatsache (ein in neuern Zeiten von einigen richtig bemerkter, wenn gleich noch nicht nach seiner ganzen Wichtigkeit und seinem ganzen Umfange geltend gemachter Umstand.*)) Aber wie kommt man denn nun zu der Absonderung einiger Verhältnisse, die neben dem Verhältniß des Staatsbürgers noch besonders in Anschlag bey der Abtheilung des Rechts gebracht werden müßten? Ich gestehe frey, hier ist etwas willkührliches; nur rührt dies nicht von mir her, sondern es ist hergebracht, und doch läßt es sich, wie mir scheint, gewissermaßen vertheidigen. Ich will meine Ansicht darüber unbefangen vorlegen.

*) Ich habe denselben in meinen Institutionen mit der ganzen Darstellung des Rechts mehr zu verweben gesucht.

3) Lehnrecht.

Das Lehnrecht als einen abgesonderten Rechtstheil aufzuführen, und ihn namentlich vom Civilrecht zu unterscheiden, ist ein sehr altes Verfahren. Es folgt schon aus dieser Unterscheidung selbst, daß man dabey ein besonderes Verhältniß in Gedanken zum Grunde legte, und ich finde diese Ansicht zwar immer, bis auf einen gewissen Grad willkührlich, aber doch nicht widersprechend, und sie kann wohl beybehalten werden. Jene alten Zeiten, wo das Lehnsverhältniß in alles eingriff, und bey tausend Dingen die sonst gewöhnlichen Bestimmungen änderte, sind zwar vorüber; indessen ist doch nicht zu leugnen, daß das Lehnrecht nicht etwa nur ein Anhängsel einer Lehre des Civilrechts ist, sondern es greift in viele Lehren des Civilrechts, z. B. vom Eigenthum, Pfandrecht, von den Verträgen, der Erbfolge u. s. w. ein. — Nun ist es freylich möglich, den auch von einigen Gelehrten versuchten Weg einzuschlagen, bey jeder von diesen Lehren die Partikel des Lehnrechts, die damit in Verbindung steht, abzuhandeln. Allein es ist doch auch eben so thunlich, die gesammten mit dem Lehnrecht zusammenhängenden

den Bestimmungen in Verbindung vorzutragen, sie dem Civilrecht anzuhängen, und gleichsam als eine Revision desselben mit Hinsicht auf die Frage zu behandeln, was denn an allen Bestimmungen des Civilrechts unter dem Lehnsverhältniß sich ändre. Freylich werden dann die Lehren vom Eigenthum u. s. w., insofern sie reines Civilrecht und Lehnrecht sind, getrennt, aber so oft auch ähnliche Einwürfe gegen neue Versuche einer andren Behandlung als der bisherigen gemacht sind, (wiewohl sie hier gegen die hergebrachte gelten sollen), so sind diese Einwürfe doch sehr hinfällig; denn sobald nur der gewählte Gesichtspunkt natürlich ist, so wird ja das in einer andern Hinsicht Getrennte dadurch wieder vereinigt, und es fragt sich immer nur, welche Trennung und Verbindung die natürlichste und zweckmäßigste sey. Trennung allein ist kein Einwurf; denn im wissenschaftlichen Kreise kann keine Trennung ohne anderweitige Verbindung statt haben; und ich gestehe, schon aus dem Gesichtspunkt des Zusammenhangs nach den Gegenständen ist mir die besondre Abhandlung des Lehnrechts im Anhange des Civilrechts als eine Revision des Civilrechts zum Behuf der lehnrechtlichen Veränderungen

die ungezwungenste. Außerdem käme aber, wenn auf die Lehrmethode in den Systemen gesehen werden soll, noch ein Grund hinzu, der aber gerade hier nicht zu erörtern ist.

Nur finde ich die mir entgegen gestellte Bemerkung vollends ohne Kraft, daß ich das Lehnrecht vom Civilrecht unmethodisch gesondert hätte. Wenn das Lehnrecht unmittelbar nach dem Civilrecht geordnet, und unter eine Hauptgattung mit demselben gestellt wird; so ist es doch wohl fast eben so, als wenn man beides unter eine Rubrik bringen, und dann es in zwey Kapitel theilen wollte. Will man dies lieber, so bleibt ja dann doch die ganze Folge des Systems immer dieselbe.

4) Kirchenrecht.

Wird schon das Lehnsverhältniß als ein von den gewöhnlichen Verhältnissen der Staatsbürger abweichendes angesehen, und kann es als eine solche besondre Bestimmung füglich betrachtet werden, so ist dies in einem noch weit höhern Grade bey den kirchlichen Verhältnissen der Fall.

Die Gesellschaft der Kirche und die Eigenschaft eines Menschen, als Mitgliedes derselben, ist offenbar etwas von allen sonstigen bürgerlichen Bestimmungen abweichendes, und die Aufführung der darauf gehenden Rechtslehren, als eines besondern Rechtstheiles, ist deshalb wohl höchst natürlich.

Etwas weniger allgemein dürfte auf den ersten Anblick die Stellung des Kirchenrechts unter das Privatrecht gefallen; indessen doch wohl nur auf den ersten Anblick. Wir haben ja keine bloße Staatsreligion, keinen Gottesdienst, der mit in die Staatsverfassung verwebt wäre, wie die Römer. Bey diesen, und bey Völkern, welche die Religionsanstalten aus demselben Gesichtspunkte betrachten, müßte das Religionsrecht zum öffentlichen Recht gezogen werden. Aber in unsern Staaten ist zwar die Religion, wie das Lehnsverhältniß, mit dem Staat auf mancherley Weise verwebt, allein doch nur als Folge der anderweitig für sich schon begründeten Anstalt (secundario) und es ist nicht ursprünglich (principaliter) dafür und dadurch bestimmt. An sich ward die christliche Religion und Kirchenverfassung vom Staat unabhängig begründet,

mit großer Eifersucht von solchem geschieden erhalten, und blieb auch nach der Trennung in mehrere Partheyen in der Hauptsache immer dieser Grundlage getreu. Was auch bey der weitern Einrichtung für Misbräuche vorgegangen sind, so ist doch diese Hauptansicht sogar den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im höchsten Grade gemäß. Die innre Moralität, und was damit zusammenhängt, hat mit den äußern Rechtsverhältnissen eigentlich nicht das geringste zu thun, und ist an sich vom Staat durchaus unabhängige Angelegenheit des Privatmanns. Freylich erscheinen seine äußern Religionsübungen und die dazu verbundnen Gesellschaften im Staat. Ihre Rechte unter sich und gegen andre müssen bestimmt seyn, im Staate anerkannt und geschützt werden, aber doch nur als Sache des Privatmanns. Verwebt sich in der Folge auch die Religionsanstalt mit den Staatsanstalten, so hört sie darum an sich nicht auf, Privatsache und Gegenstand des Privatrechts zu seyn, wenn auch jene Verbindungen nun ins Staatsrecht gehören, eben wie das Kirchenstaatsrecht oder die Rechte des Staats über die Kirche dahin mit allem Recht gezogen werden. — Ich sollte glauben, daß selbst kaum Freunde der hierar-

chischen

chischen Grundsätze an dieser Stellung des Kirchenrechts Anstoß nehmen könnten, wie der einsichtsvolle Recensent meiner Institutionen in der Allg. Literatur-Zeitung *) fürchtet, welcher sonst als Katholik darüber gewiß eine bedeutende Stimme hat. Denn wenn jene Männer auch in der Kirche einen geistlichen Staat wollen, so soll doch der geistliche Staat von dem weltlichen Staat, auf welchen allein im öffentlichen Recht alles bezogen werden soll, unabhängig seyn; und mehr soll diese Aussonderung des Kirchenrechts vom öffentlichen gar nicht sagen.

5) Oeffentliches Recht.

Dem Privatrecht im engern Sinne entgegengesetzt ist denn das öffentliche Recht, der Inbegriff aller Rechtslehren, zu deren Begriff, Denkbarkeit und Erklärbarkeit der Staat, und Anstalten, welche nur durch diesen denkbar sind, vorausgesetzt werden müssen. Von den oben davon genannten Theilen ist nun der erste

6)

*) Jahrg. 1800. N. 212. B. III. S. 214.

6) Staatsrecht.

Allein darüber kann ich wohl am kürzesten seyn. Sowohl Begriff als Selbstständigkeit dieses Rechtstheils wird wohl zu unsern Zeiten am wenigsten bestritten werden; und eben so wenig kann auch die Unterordnung desselben unter das öffentliche Recht einigem Zweifel unterworfen seyn.

Das einzige mag einige Erklärung erfodern, warum ich das einheimische Staatsrecht allein hieher gestellt, das auswärtige aber erst später aufgeführt habe. Das Staatsrecht überhaupt lehrt die Rechte der Staatsgewalt. Im Innern des Staats äußert sich nun dieselbe als eigentliche Staatsgewalt, als Gewalt über die Unterthanen. Das darauf sich beziehende Recht nennt man ja schon lange das einheimische Staatsrecht, und da ich die Rechte im Innern des Staats von den übrigen gesondert habe, so konnte ich wohl nur dieses hieher rechnen. Es ist aber auch dieses allein das eigentliche Staatsrecht; denn in den Verhältnissen, welche außer dem Staat herausgehen, handelt die Staatsgewalt nicht unmittelbar als Staatsgewalt, der diejenigen, gegen

gegen welche sie handelt, untergeordnet sind; sondern nur als Repräsentantin der moralischen Person des Staats, obgleich diese Repräsentation nothwendigerweise mit der Staatsgewalt verknüpft seyn muß, und darum auch das auswärtige Staatsrecht mit allem Fug Staatsrecht, wenn gleich im weitern Sinne, genannt werden mag. Dennoch schließt dieses sich so nahe an das Völkerrecht, daß es fast allein in der Anwendung von solchen Begriffen, welche durch dies letzte gegeben sind, besteht, das eben erwähnte ist denn die Ursache, warum es in einer vollständigen Classification des Rechts nur mit dem Völkerrecht verbunden, und als ein Anhang oder zweyter Theil desselben vorgetragen werden kann.

7) Regierungsprivatrecht.

Bey dieser Abtheilung werden mich nun wohl die meisten meiner Leser, selbst diejenigen, welche auch noch am günstigsten von meinen Bemühungen denken, erwartet haben. Sie hat unter allen von mir aufgeführten Rechtstheilen am meisten Anstoß gegeben, und soviel ich weiß, noch nicht das Glück gehabt, auch nur einen Gönner zu finden, der sie geradezu

gebilligt hätte, wenn auch mehrere, wie z. B. der obgedachte Recensent, einiges an der Vorstellung, die sie sich davon machen, zugestehen. Ich habe alle mir bekannt gewordenen Aeußerungen erwogen, und muß freylich gestehen, daß meine ursprüngliche Vorstellung davon sich nach der sorgfältigsten und unbefangensten Prüfung nicht im geringsten geändert, sondern vielmehr sehr bestätigt, wenn gleich in vielen Punkten aufgeklärt hat. Eben weil ich nun glaube, bestimmter und klärer als vorher darüber sprechen zu können; so will ich meine Ansicht davon bloß genauer, als ich bisher irgendwo gethan, auseinander setzen; ohne sie Schritt vor Schritt zu vertheidigen. Fast hoffe ich durch diese einfache Darstellung mehrere Unbefangne für meinen Gesichtspunkt am ersten zu gewinnen.

Einige vorläufige Empfehlung giebt es vielleicht diesem von mir auf die Bahn gebrachten Rechtstheile, daß er die juristischen Vagabunden, die ohne Heimath, ohne Dach und Fach herumstreiften und deshalb vernachläßigt wurden, die vielen Nebentheile älterer Encyklopädisten des Rechts, alle in sich aufnimmt, dadurch erst zu wahren Bürgern der Rechts-

wissen-

wissenschaft macht, und sie so auch dem akademischen Rechtsstudium einverleibt. Fast möchte ich jeden, den ich auch von meiner Ansicht der Dinge nicht überzeugen könnte, bitten, diese nun nicht mehr zu verstoßen, sondern wenn man auch die ihnen von mir zur Niederlassung angewiesene Provinz mit Feuer und Schwerdt verwüsten wollte, ihnen doch sogleich einen andern Ort zum Wohnplatz einzuräumen. Nur muß er für sie auch bewohnbar seyn, und vielleicht führt dann dieser Versuch, wenn er verunglücken sollte, wieder zu mir und den von mir urbar gemachten Feldern zurück.

Noch muß ich mich selbst wegen eines Fehlgriffs sogleich anklagen, den ich anfangs bey dem ersten Vorschlage zu diesem Rechtstheile begangen habe, und der demselben den Eingang sehr erschwert hat. Ich mußte freylich demselben gleich einen Namen geben. Nun sollten darinn Rechte gelehrt werden, welche durch die Wirksamkeit des Staats, folglich durch die Ausübung der Staatsgewalt, also die Regierung, ihr Daseyn erhalten hätten. Von der Regierung mußte er daher meines Erachtens genannt werden. Der Name Regierungsrecht war schon im Gange, wenn er gleich

gleich etwas ganz anders bedeuten sollte, das mir aber zum Staatsrecht zu gehören schien. Ich eignete ihn also meiner neuen Abtheilung des Rechts an*), zum Theil auch des Wohlklangs wegen, weil ich einen zusammengesetzteren vermeiden wollte. Aber eben dies ward nun die Hauptquelle von Mißverständnissen über meine Meynung. Man verstand unter Regierungsrecht den Inbegriff der Rechte der Regierung selbst, also der Ausübung der Staatsgewalt. Man setzte mir entgegen, daß dies zum Staatsrecht gehöre; und wie sehr hatte man Recht gegen mich, wenn dies die Bedeutung des Worts nach meiner Meynung hätte seyn sollen oder können. Denn ganz gewiß kann nichts ein in der Ausübung eines Rechts enthaltnes Recht seyn, das nicht in dem Recht, welches ausgeübt werden soll, selbst enthalten ist.

Vielleicht wäre mancher Mißdeutung dieser Art vorgebeugt worden, wenn ich diesen Rechtstheil, sobald ich seiner öffentlich erwähnte,

*) S. meine praecognita juris pandect. §. 1. not. 3. und meine Einleit. in das deutsche Privatr. §. 2. u. S. 94. ff.

wähnte, Regierungsprivatrecht genannt hätte, wie ich späterhin that und künftig beyzubehalten gedenke. Man sieht nun wohl wenigstens soviel deutlich, daß ich nur Privatrechte, wenn gleich von der Regierung abhängige Privatrechte, dadurch umfassen will. Auch möchte jetzt der Einwurf weiter nicht gegen mich geltend gemacht werden, den ich wohl zuweilen vernahm, daß dies nicht Privatrecht, sondern öffentliches Recht sey; denn diesen zu heben, möchte wohl die vorige Erläuterung schon hinreichen. Freylich ist es auf einer Seite öffentliches Recht, wie ich es hier und in meinen neuesten Schriften ausdrücklich schon so aufgeführt habe. Dies hindert aber nicht, daß es nicht zu gleicher Zeit Privatrecht, nemlich im weitern Sinne dieses Worts sey, und als solches konnte ich es denn, ohne mir zu widersprechen, auch in frühern Schriften allein aufführen; doch wird die Folge noch Gelegenheit herbeyleiten, auch dieses noch mehr ins Licht zu setzen. Jetzt nur zur Hauptbestimmung, und dann zum Zusammenhange dieses Rechtstheiles, womit Bestimmung der eigentlich allein dahin gehörigen Fragen verbunden werden, und worauf die Beleuchtung

einiger Bedenklichkeiten am natürlichsten folgen kann.

a) Begriff des Regierungsprivatrechts.

Durch das Regierungsprivatrecht will ich nun also den Inbegriff derjenigen Privatrechte bezeichnen, welche durch die Ausübung (Wirksamkeit) der Staatsgewalt entstehen (nur dadurch begriffen oder erklärt werden können). Es kommt in dieser Bestimmung auf zwey wesentliche Punkte an, nemlich 1) daß es nur Privatrechte seyen, also das Subject derselben immer eine Privatperson ist. Nun kann zwar, wie schon oben gedacht, eine jede Privatperson zugleich im Staatsverhältniß immer wieder eine andre Person seyn; zugleich Staatsbürger, und überdem auch noch entweder Staatsoberhaupt (Innhaber oder Theilnehmer der Staatsgewalt) oder auch Unterthan. Nur die hier aufzuzählenden Rechte kommen ihr allein insofern zu, als sie Privatperson ist. 2) Die Materie, der Begriff, die Bestimmung dieser Privatrechte ist schlechterdings nicht anders zu denken, denn so, daß man den Staat als handelnd, als in einer Thätigkeit, voraus-

aussetzt, wo denn jene Rechte als unmittelbare oder mittelbare Folge jener Thätigkeit erscheinen, denkbar und begreiflich werden. Es ist aber immer bloß von der Denkbarkeit und Erklärbarkeit des Hauptbegriffs, und der mit demselben genau verknüpften Grundsätze, nicht von der rechtlichen Begründung oder besondern Nebenbestimmungen, die Rede. Diese können auch wohl bey mehrern Rechtsinstituten nur vom Staat abhängen, oder durch ihn möglich seyn, wie etwa bey den Testamenten u. s. w.; da doch der Begriff und die Denkbarkeit ohne Voraussetzung des Staats möglich ist.

b) Arten der Regierungsprivatrechte.

Es wird sich nun aber weiter fragen, auf welche, und auf wie vielfache Weise denn aus der Thätigkeit und dem Handeln der Staatsgewalt solche Rechte sich entwickeln und ableiten? Ich habe schon eine Uebersicht zur Beantwortung dieser Frage zu geben versucht*); sie ist aber freylich nur kurz, und eben deshalb vielleicht meine eigentliche Meynung nicht ganz begriffen worden.

*) Institutionen §. 1049—1053.

Also durch das Handeln der Staatsgewalt entstehen in unsern Staaten, oder noch bestimmter in Deutschland, auf einem doppelten Wege Privatrechte, die vorher nicht da waren.

Der erste ist dieser: Es werden Rechte der Staatsgewalt (Hoheitsrechte, Regierungsrechte) zu Privatrechten. Um allem Misverständniß vorzubeugen, will ich gleich anfangs erinnern, daß damit auf keine Weise noch gesagt wird, sie hörten nun gänzlich auf Regierungsrechte zu seyn. Wie oft hat eine Sache und ein Recht, nicht gleich einer Person, einen mehrseitigen Charakter! Sie können immer den Charakter eines Regierungsrechts haben und behalten, und dennoch daneben den neuen Charakter eines Privatrechts annehmen; es kann nöthig seyn, beyde zu sondern, die Lehren von beyden besonders vorzutragen, und bey mancher Rechtsfrage den doppelten Gesichtspunkt genau zu unterscheiden. — Dieser eben angegebne Hauptweg, auf den man gleichsam aus dem Staatsrecht in das Regierungsprivatrecht gelangt, scheidet sich aber in zwey Nebenzweige.

Auf

Auf dem ersten von diesen wird das Hoheitsrecht der Staatsgewalt, ohne sich von derselben zu trennen, ein Privatrecht; das physische Subject des Rechts (der Innhaber oder Theilnehmer der Staatsgewalt) bleibt unverändert dasselbe; es erhält nur neben dem Charakter, den es als rechtliches Subject der Staatsgewalt hat, nun noch den zweyten einer Privatperson, die beyde in einem und demselben physischen Subject sehr wohl vereinbar sind. — Wie aber ist denn nun dieser Uebergang zu denken? Er ist geschehen, sobald die Innhaber der Staatsgewalt sich von den Gerichten desselben Staats richten lassen, der Gerichtsbarkeit in demselben Staate unterwerfen; denn nicht das Staatsoberhaupt als solches, und nicht der Unterthan als solcher ist den Gerichten im Staat unterworfen. Diese beiden stehen einander unmittelbar gegenüber, und zwischen ihnen ist kein Richter.

Sobald die Staatsgewalt sich einer richterlichen Beurtheilung in demselben Staate unterwirft, ist sie nicht mehr Staatsgewalt, sondern hat eine andre Gewalt über sich. Gleichwohl kann sie wohl in einer gewissen Rücksicht sich ihres Vorzugs entäußern, auch wohl ent-

äußern müssen, aber doch in andrer Rücksicht noch bleiben, was sie war. Allein sobald eine solche Entäußerung statt hat, so muß das Staatsoberhaupt als eine Privatperson, und die in Frage stehenden Rechte desselben als Privatrechte angesehen werden; denn die Gerichte im Staat richten nur über Privatpersonen als solche, bestimmen und erhalten Rechte der Privatpersonen als solcher, und können durch ihr Urtheil weder der Staatsgewalt noch den Unterthanen als solchen Rechte nehmen oder geben. Alles dies tritt nun z. B. ein, wenn der Staat mit dem von ihm angestellten Staatsbeamten über die versprochene Besoldung, oder andere Amtsvortheile, über die Entlassung vom Amte, oder eigentlich über die Beraubung der Vortheile desselben (Geld oder Ehre), wenn er über Einkünfte, über die Berechtigung zu gewissen Erhebungen, Nachsteuer, Abzugsgeld, bestimmte Arten von Gerichtsbarkeit, u. dgl. streitet. Alles dieses, Staatsämter, in denen ein Theil der Staatsgewalt vom Staat zur Ausübung verliehen wird, die meisten Staatseinkünfte, die Gerichtsbarkeit ꝛc. sind nur durch den Staat da, und es gehen auf sie alle, (die Verleihung des Staatsamts, mit gewissen Bedingungen, die Erhebung

von Staatseinkünften, die Gerichtsbarkeit ꝛc.) die unbezweifeltesten Rechte der Staatsgewalt; es kann auch sogar dieser Charakter denselben nicht ganz genommen werden, und wird ihnen auch dadurch nicht genommen, daß etwa die Staatsgewalt sich nur durch eine andre moralische Person, etwa den Fiscus oder die Kammer, repräsentiren läßt; er behält sogar seine Einflüsse im Privatrecht immer noch, wie zum Theil die Folge mehr erläutern wird; ein Staatsamt und der darüber geschlossene Vertrag ist nicht wie jedes Amt, selbst nicht wie jedes öffentliche Amt; die Staatseinkünfte sind nicht wie Einkünfte eines Privatmanns überhaupt zu betrachten. Dennoch wird es darum nicht weniger Gegenstand des Privatrechts; nur eben jenes Charakters wegen ein Privatrecht besondrer Art, das daher auch eine eigne Lehre und Abhandlung nöthig macht. Oft sind wegen eines solchen Rechts auch ausdrückliche Privilegien im Privatrecht festgesetzt, weshalb ich ja nur an die Privilegien des Fiscus erinnern darf, welche ja auch wohl von jeher zum Privatrecht gezogen worden. Nun wird doch aber wohl jeder leicht zugestehen, daß der Fiscus selbst, und also auch jedes demselben als solchem zukommende Recht ohne Staat

gänzlich undenkbar sey. Mehreres bisher Vorgetragne wird durch die Folge, wie ich glaube, noch weiter ins Klare kommen, weil, wenn auf einer Seite der Staat zur Privatperson herabsteigt, auf der andern bloße Privatpersonen in ein ganz besondres Verhältniß gegen den Staat kommen, und dadurch ihre Privatrechte einen eignen Charakter im Verhältniß zum Staat erhalten müssen.

Fast scheint es mir, daß dieses Feld des von mir neu aufgeführten Rechtstheils am wenigsten Widerspruch finde. Unter andern hat sich der bereits erwähnte Recensent in der A. L. Z. auch dadurch schon als einen denkenden Mann verrathen, daß er die Nothwendigkeit einer besondern Betrachtung der Fälle, wo der Staat als moralische Person privatrechtliche Verhältnisse hätte, oder der Aufstellung eines Privatrechts des Staats neben dem Völkerrecht des Staats behauptet und anerkennt. Indessen ist nur dadurch die Sache meinem Bedünken nach noch nicht erschöpft; ich will daher auch nun wegen der übrigen Arten von Rechten mich noch deutlich zu machen suchen.

Der zweyte Nebenzweig der ersten Classe von hieher zu zählenden Rechten ergiebt sich nun auf folgende Weise: es werden ungezweifelte Rechte der Staatsgewalt von derselben getrennt, und kommen an Privatpersonen, welche nie Besitzer oder Theilhaber der Staatsgewalt (wenigstens nicht in dieser Rücksicht) waren. Es hat dieses statt, theils wenn die bloße Ausübung solcher Rechte, theils wenn das Recht selbst an Privatpersonen verliehen wird. Vielleicht dringen sich hier die Beyspiele dem Leser, ohne daß ich sie aufzähle, auf. Es kommt wenigstens in beyden Rücksichten, besonders aber in der letzten, der Besitz des Verleihungsrechts von Staatsämtern, der Rechte des Fiscus, des Hebungsrechts bey Steuern, des Rechts auf Nachsteuer und Abzugsgeld, des Rechts auf erblose Güter, des Zollrechts, der Patrimonialgerichtsbarkeit, und vieler andrer ursprünglichen Hoheitsrechte durch Privatpersonen, täglich unter den Rechtsgelehrten zur Sprache. Dies sind alsdann doch sämmtlich Rechte von Privatpersonen (Privatrechte), aber nur abgeleitet von einer Staatsgewalt in Thätigkeit (Regierung). In Thätigkeit muß sie gedacht werden. Denn bey ihrem ursprünglichen Daseyn werden sie eben

in ihr, und noch nicht getrennt von ihr gedacht.

Ueber diese gesammte erste Classe von Regierungsprivatrechten will ich nur noch als Zusatz bemerken, daß in demselben nie von den ganz nothwendigen Hoheitsrechten (regalibus majoribus) die Rede seyn kann. Diese sind von der Staatsgewalt unabtrennlich, und können nur beym Staatsoberhaupt existiren. Es kann also so wenig auf der einen Seite die Frage seyn, ob das Staatsoberhaupt sie habe, als auf der andern Seite nur eine Möglichkeit da ist, daß Privatpersonen sie besitzen sollten. Nur die zwar wesentlichen, aber doch von der Staatsgewalt abzusondernden (regalia minora) und dann die bloß zufälligen, oder nur in gewissen Staaten den wesentlichen gleichgesetzten Hoheitsrechte können daher als ein Gegenstand des Privatrechts gedacht werden. Eben diese Zusammenstellung derselben aber macht nun auch die sonst immer in einzelne Fragen zum Schaden der vollen Einsicht zerstückelte Untersuchung als Einleitung möglich, wie ein kleineres wesentliches Regal, ein Privatrecht (Recht einer Privatperson) werden könne, wobey sich denn recht deutlich ergiebt,

wel-

welchen Einfluß der ursprüngliche Charakter eines Hoheitsrechts auch beym Uebergange desselben ins Privatrecht behalte?

Wenden wir uns nun auf den zweyten Weg, wie durch die Thätigkeit der Staatsgewalt Privatrechte werden oder entstehen; so finden wir nun lauter neue, vorher nicht vorhanden gewesene, Rechte, welche aber doch nur durch die Staatsgewalt oder die Ausübung derselben erst möglich geworden sind. Aber auch hier ergeben sich zwey Classen derselben.

Zuförderst Rechte, die in Befreyungen von Pflichten der Unterthanen (immunitatibus) bestehen; von persönlichen Diensten, von Aemterübernahme, vom Soldatendienst, von der Einquartirung, von Abgaben aller Art, von Unterwürfigkeit unter die gewöhnlichen Gerichte u. dgl. Diese Rechte sind bekannt, und die Erläuterung kann daher wohl kurz seyn. Nur das muß bemerkt werden: sobald für den sonstigen Unterthan in einem bestimmten Stück eine Befreyung eintritt, so ist er in sofern nicht Unterthan; er tritt insofern aus dem Verhältniß des Unterthans heraus;

aus; diese Befreyung ist also kein Recht des Unterthans als solchen, und wegen des Rechts, das ihm zukommt, behauptet er eben Befreyung von der Unterwürfigkeit unter die Staatsgewalt. Mithin verläßt er dadurch die Sphäre der Rechte der Staatsgewalt und des Unterthans, und tritt als berechtigt in die Sphäre des Privatmanns, um so mehr, da er auch hier wieder mit der Staatsgewalt vor Gericht deshalb streitet.

Nun endlich die zweyte Unterabtheilung der zweyten Hauptclasse: es entstehen nemlich Rechte für den Privatmann dadurch, daß die Anstalt des Staats überhaupt, oder daß einzelne durch den Staat begründete Anstalten da sind. Vielleicht ist dies die Abtheilung, welche am meisten Bedenklichkeiten verursachen möchte; doch ist sie, aller mir bekannt gewordenen Gegengründe wegen, durchaus und nothwendig von dem gewöhnlichen Privatrecht zu sondern, nicht bloß weil alles dahin zu rechnende auf keine natürliche Weise hier untergebracht werden kann; sondern wirklich auch deshalb, weil wenigstens die meisten hieher gehörigen Privatrechte dennoch einen eigenthümlichen Charakter haben und behalten. Es gehören hieher

her auch manche, allenfalls im eigentlichen Privatrecht an sich zu erwähnenden, Rechte, welche aber im Verhältniß zur Anstalt des Staats überhaupt, oder zu besondern einzelnen Staatsanstalten eigne und neue Bestimmungen erhalten. So ist, um gleich mit einem Beyspiel der letzten Art anzufangen, die Autonomie freylich nur eine (schon im reinen Privatrecht wichtige) Bestimmung der Rechte durch eigne Willkühr. Dennoch ist das eigentlich Charakteristische derselben als Selbstgesetzgebung, nur durch den Gegensatz derselben gegen die Staatsgesetzgebung anzugeben, also nur unter der Voraussetzung der Staatsgewalt und der Thätigkeit derselben denkbar. Von andern Rechten werden vielleicht die Beyspiele der Rechte auf die Vortheile des öffentlichen Amts, der vollen Glaubwürdigkeit öffentlicher Personen im Gerichte, der Soldaten auf Einquartirung und Unterhalt, besonders der unter Voraussetzung der Gerichtsanstalten des Staats erst denkbaren Rechte der streitenden Partheyen, des Klägers, des Beklagten, des Anwalds u. a., des Gerichtsstandes, ferner der Vormundschaften und Pflegschaften, der öffentlichen Lehranstalten, vorzüglich ihrer Privilegien, der besonders abgetheilten Gewerbe,

des

des nur durch die Münze des Staats eigen geleiteten Geldes u. dgl. für jetzt zur Erläuterung dienen können. Man erwäge nur, ob das alles denkbar ist, wenn man nicht durch den Staat eingerichtete Aemter, durch den Staat errichtetes Kriegs- und Gerichtswesen, Aufsicht und Anstalten des Staats für die Rechte derer, die ihre Rechte nicht selbst erhalten können, durch den Staat errichtete Lehranstalten, durch Staatsanstalten gesonderte Arten der Gewerbe mit Einschränkungen des Uebergangs aus einem in das andre, mit Bestimmungen der Grenzen und besonderer Arten, sie zu treiben, für jedes, Münzanstalten vom Staat u. s. w. zum Grunde legt, und von dieser Grundlage ausgeht.

Unter diese Classe rechne ich nun auch das Recht der öffentlichen Stände; man scheint hieran vorzüglich Anstoß genommen zu haben, und es wird daher wohl nicht unnütz seyn, wenn ich dies für meinen neuen Rechtstheil besonders zu vindiciren suche. Ich rechne, wie man nun weiß, zu demselben Rechte von Privatpersonen, welche nur durch die Regierung vorhanden sind. Wir wollen sehen, ob dies auf das eben genannte Recht anwendbar ist.

Die

Die Eintheilung des Standes in statum privatum und publicum iſt alt, und ich habe bey derſelben nichts zu vertheidigen, ſondern ſie nur vor das Gedächtniß zurückzurufen. Ein Stand iſt eine Eigenſchaft einer Perſon, die den Grund von beſondern Rechten derſelben enthält*). Es frägt ſich aber: welche Rechte werden dadurch geändert? und welche beſondre Rechte ſind dafür feſtgeſetzt? Dies eben macht den Unterſchied des öffentlichen und des Privatſtandes. Der Stand, welcher bloß durch Abänderungen der reinen Privatrechte ſich ergiebt, iſt Privatſtand; wenn es aber das publicum angeht, wenn die Eigenſchaft, welche den Staat begründet, in Verhältniſſe mit dem Staat Abänderungen bringt, dann heißt dies: öffentlicher Stand**). Indeſſen ſind die meiſten öffentlichen Stände doch gewiß von Eigenſchaften des Privatmanns abhängig; alſo zum Privatrecht im weitern Sinne gehörig; aber doch wieder nur durch Verhältniß zum Staat allein denkbar.

Iſt

*) Inſt. §. 197. Höpfner Inſt. §. 62.

**) Meine Inſt. §. 402.

Ist nicht diese Erklärung schon hinlänglich, um meine Classification der öffentlichen Stände in das Regierungsprivatrecht zu rechtfertigen? — Will man aber auch noch einzelne Beyspiele; hier sind sie. Der Stand der Freyheit hat als Stand seine Hauptbestimmung in der Selbstständigkeit des Staatsbürgers im Staat; der Stand des Staatsbürgerrechts rechtfertigt seine Stelle schon durch seinen Namen; der Stand der vorzüglichen Ehre (also auch des Adels) unterscheidet sich als Stand am meisten und eigentlich durch seinen besondern Gerichtsstand; bey dem Stand der Religionsverwandten ist das Hauptmoment, ob und wie weit sie Staatsbürger sind; der geistliche Stand hat größern Schutz des Staats und besondern Gerichtsstand; letztern auch der Civil- und Militärstand u. s. w. Alle diese genannten Bestimmungen sind die Hauptsache bey diesen Ständen, schließen sie eben von den Privatständen aus, und machen sie zu öffentlichen Ständen, obgleich sie nebenher noch andre bloß reine Privatrechte abändernde Bestimmungen haben können.

Das sind denn nun, nach meiner Ansicht, die für das Regierungsprivatrecht gehörigen

sen von Rechten. Indessen ist nach denselben dieser Rechtstheil selbst nicht abzuhandeln oder darzustellen. Mir scheint überhaupt die Abhandlung eines Rechtstheils nach den Arten der Rechte nie methodisch zweckmäßig und natürlich zu seyn. Ich behalte mir vor, dies einmal besonders in Ansehung des Civilrechts im engern Sinne näher zu erläutern, und die Gründe meiner Ueberzeugung darüber darzulegen, daß auch dieses nach der Abtheilung in Recht der Personen, auf Sachen und auf Personen, ja selbst mit Hinzufügung des von mir als eine vierte Art zuerst aufgeführten Rechts der Gewalt, sich nicht mit einigem natürlichen Zusammenhange, der doch auf einem andern Wege wohl zu erreichen ist, darstellen läßt. Diese Untersuchung über die eigentliche Ausführung konnte ich in Betreff des Civilrechts wohl hier umgehen; dagegen wird es beym Regierungsprivatrecht um so nothwendiger seyn, auch dies Detail mitzunehmen, weil gerade dadurch der Umfang und die Grenzen dieses Rechtstheils noch desto reiner und deutlicher erscheinen werden.

Bayerische Staatsbibliothek München

c) Articulation des Regierungsprivatrechts.

Es erhält dieser ganze Rechtstheil sein Daseyn durch die Wirksamkeit der Staatsgewalt; und es frägt sich daher: wie und auf welche verschiedene Weise kann dieselbe wirksam seyn? Dies ergiebt sich durch die in derselben enthaltenen einzelnen Rechte; und diese bringen dann die Verhältnisse zur Grundlage dieses ganzen Rechtstheils hervor. Nach diesen Verhältnissen ist dann auch diese Rechtslehre am natürlichsten zu ordnen, wie überhaupt jede specielle Lehre des Rechts von einigem Umfang nach solchen Verhältnissen sich am besten abhandeln läßt.

Ich entlehne hiebey, ohne sie hier weiter zu rechtfertigen, meine aus andern Schriften *) bekannte Abtheilung der Staatsgewalt; und gehe bey der Anwendung derselben um so lieber etwas ins einzelne, weil ich dabey zu gleicher Zeit am besten die eigentlichen Grenzen des Staatsrechts und Regierungsprivatrechts, meiner Idee gemäß, angeben kann. Es wird indessen wohl nicht unnöthig seyn zu erinnern, daß man, wenn es auf eine abgesonderte, für sich beste-

*) Naturrecht §. 468. ff. u. Instit. §. 973. u. a.

bestehende Entwickelung des Privatrechts ankömmt, sodann theils oft dieselben Begriffe über die Gegenstände des Rechts braucht, und auch wohl für die jetzt eben nöthige Ausführung von neuem vollständig entwickeln muß, welche den correspondirenden staatsrechtlichen Lehren gleichfalls zum Grund liegen, theils auch nicht selten eine kurze Erinnerung an die im Regierungsprivatrecht als Lehnsätze (lemmata) anzuwendenden Lehren des Staatsrechts erfoderlich ist. Hierin liegt wohl wieder eine neue Ursache einiger über meine Behauptungen entstandenen Mißverständnisse. Man fand in dem ersten bloß Rubriken enthaltenden Entwurf, den ich vom Regierungsprivatrecht versuchte*), mehrere Paragraphen, welche Begriffe, die schon im Staatsrecht vorkommen mußten, andeuteten**), und andre, die gar hier abzuhandelnde staatsrechtliche Lehren angaben***); und dachte nicht daran, daß eine zusammenhängende Abhandlung ohne Entwicke-

*) In der Einleitung zum deutschen Privatrecht.

**) Man vergl. das. §. 191. 195. 196. 218. u. 228–233. und viele andre.

***) Vergl. ebend. §. 198. 200. 203. 205. 206. 215. 217. 220. 223. 227. 425–428. und mehrere.

wickelung der nöthigen Vorbegriffe unmöglich sey; daß es immer sehr darauf ankam, wie diese Lehren behandelt würden; und endlich daß oft eine Lehre des Privatrechts mit einer staatsrechtlichen Lehre so genau zusammengränzt, daß eben eine Nebeneinanderstellung und Entgegensetzung derselben zur vollen Einsicht ganz unerlaßlich ist.

Ueberhaupt muß ich freylich wieder erinnern, daß ich auch an dieser Frucht meines Nachdenkens immer fort und unablässig gebessert habe, und daß ich daher jetzt in mehrern Rücksichten noch etwas befriedigenderes als bisher aufstellen zu können glaube. So ist besonders die in der Einleitung zum deutschen Privatrecht versuchte Darstellung nicht bloß noch mehr zu vervollständigen, sondern auch hie und da abzuändern, besonders wo ich mich durch hergebrachte Ansichten habe verleiten lassen. Schon in der Vorrede zu jener Einleitung*) wurde z. B. bemerkt, daß das Bauernrecht nicht als Recht eines besondern öffentlichen Standes abzuhandeln sey. Alle Verhältnisse der Bauern (von Leibeignen ist nicht di=

*) S. VII. f.

die Rede) sind nicht Folgen ihres Standes, und wirklich nicht von ihrem Verhältniß zum Staate ihrem Begriff und Daseyn nach abhängig; vielmehr (sofern sie nicht ihr Gewerbe betreffen, als welches ins Recht des Landbaues gehört, oder sofern sie nicht von ihrer Verbindung in Gemeinheiten abhängen, wodurch das Dorfrecht begründet wird) nichts als reine Privatrechte.

Es versteht sich ohnehin, daß auch hier meine neueste Darstellung mir die beste scheinen muß; und ich will daher in der Hauptsache derjenigen, die ich in den Institutionen des gesammten positiven Rechts befolgt habe, treu bleiben (nur mit Aufnahme einiger wenigen Zusätze). Man erlaube mir indessen, davon zur größern Verständlichkeit, noch folgende etwas detaillirtere Uebersicht hier einzuschalten, und sie sogleich durch Anmerkungen zu rechtfertigen.

Abtheilung des Regierungsprivatrechts (nach der Grundlage der Theile der Staatsgewalt).

I.

Privatrechte als Folge der vier Gewalten.

Anm. Bey diesen vier Gewalten werden die Gegenstände derselben nicht unterschieden; sie bestehen nur in den verschiedenen Arten der Wirksamkeit der Staatsgewalt, und da keine dieser Arten für sich allein bestehen kann, so ist auch keine Trennung derselben von der Staatsgewalt ohne Zernichtung der Staatsgewalt und des Staats mit ihr denkbar; daher kann, um dies nach den oben aufgeführten vier Arten der Regierungsprivatrechten durchzugehen, die Staatsgewalt über keine dieser Gewalten überhaupt mit jemand in Streit kommen, keine dieser Gewalten kann ganz an Privatleute abgetreten werden (denn von der Abtretung von Theilen, die auf besondre Gegenstände bezogen sind, kann dem obgedachten zufolge hier noch gar nicht die Rede seyn); von keiner dieser Gewalten kann

kann ein Unterthan befreyt werden. Es kann also nur allenfalls von der Entstehung neuer Privatrechte durch jene Gewalten, oder von der genauern Bestimmung sonst schon vorhandener die Frage statt haben. Daher gehören hieher nur

1) Entstehung specieller Rechtsbestimmungen — Lehre von Privilegien — (insofern sie durch specielle Constitutionen begründet werden und Privatleute Rechte dadurch bekommen).

2) Entstehung ganz particularer Rechtsnormen — Lehre von der Autonomie (worüber ich schon oben*) einiges geäußert) und daraus hervorgehende Möglichkeit der

3) Entstehung eines Gewohnheitsrechts.

Anm. Man weiß schon aus andern meiner Schriften**), daß ich in der bisherigen Lehre von den

*) S. 93.

**) z. B. den Institutionen und den praecognitis juris pandectarum.

den Privilegien und dem Gewohnheitsrecht mancherley Verwirrungen und Widersprüche zu finden glaube; und ich kann jeßt hinzusetzen, daß mir die gewöhnliche Lehre von der Autonomie eben so wenig ganz haltbar scheint. Ich glaube von allen diesen Lehren befriedigendere Darstellungen geben zu können; nach diesen ist jene Classification geschehen. Sollte sie für sich noch Anstoß geben; so muß ich bitten, mich darüber nicht ungehört zu verurtheilen. Ich hoffe meine Vertheidigungen auch diesfalls nächstens zu den Acten zu bringen, und will gern nachher alles zurücknehmen, von dessen Unhaltbarkeit man mich überweisen wird. — Uebrigens wenn auch selbst jene Lehren nicht zum Regierungsprivatrecht zu rechnen wären, so wäre das, wie ich schon anfangs erinnert, kein ausreichen-

chender Gegengrund gegen das Ganze. Man kann dies also noch immer vorläufig dahin gestellt seyn lassen.

II.

Privatrechte als Folgen der nach den Mitteln abgetheilten Rechte der Staatsgewalt.

Anm. Das Repräsentationsrecht, das ohnehin nie allein thätig gedacht werden, sondern immer mit Beziehung auf ein andres und in Verbindung mit einem andern Recht ausgeübt wird, hat keine besonders zu entwickelnde Privatrechte zur Folge.

1) Privatrecht der öffentlichen Aemter

a) überhaupt

b) der Staatsämter insbesondre.

Anm. Staatsrechtlich sind hier z. B. die Fragen von der Aemterbesetzung, der Mittheilung einzelner Theile der Staatsgewalt an Beamte und dem Recht diese wieder zu entziehen (dem Entlassungsrecht), wie auch von der

Ausübung der Staatsgewalt durch den Beamten. — Privatrechtlich wird alles, was das an Privatpersonen übergangne Recht der Ernennung zu öffentlichen Aemtern, die Befreyung von der Aemterübernahme, das Recht des Beamten auf die Privatvortheile in Ansehung der Einkünfte und Güter, die Erwerbung und Entziehung desselben u. dgl. betrifft. Freylich grenzen mehrere dieser privatrechtlichen Betrachtungen mit den staatsrechtlichen, z. B. gleich bey der Frage von der Amtsentsetzung zusammen; mir scheint aber eben dadurch die ganze letzte so oft verhandelte Frage erst völlig, und zwar auf einmal überzeugend ins klare zu kommen, wenn man die doppelte Rücksicht des Staatsrechts und Privatrechts unterscheidet, welches ich schon einmal *) angedeutet habe, und welches jetzt durch die Scheidung des Regierungspri-

*) In der Rec. von Hr. G. R. Seufferts Buch vom Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats in der A. L. Z. 1794. N. 341. 342.

privatrechts wohl noch leichter und einleuchtender werden möchte.

2) Militärprivatrecht.

Anm. Nicht die Fragen vom Recht, Soldaten zu halten, oder Aufgebote zu erlassen, Einquartirungen anzuordnen, Festungen anzulegen ꝛc., gehören hieher; wohl aber die vom Recht der Soldaten auf Wohnung und Lebensunterhalt, von der Erwerbung und dem Verlust dieser Rechte, von der Einquartirungs-, Servis-Freyheit u. s. w.

3) Finanzprivatrecht.

Anm. Auch hieher wieder nichts vom Besteurungsrecht, Zollrecht, den nutzbaren Regalien des Staats u. s. w.; aber der Fiscus hat Privatrechte; es kann das Hebungsrecht bey Steuern, das Zollrecht; es kann Steuerfreyheit, Zollfreyheit ꝛc. Privatpersonen zustehen.

III.

Privatrechte als Folgen der Rechte des Staats, insofern sie nach den Theilen des Staatszwecks unterschieden sind.

A. Folgen der innern Hoheit.

1) Justizprivatrecht

a) im strengen Sinne.

Anm. Die Lehre von der Justizgewalt und den Bestimmungen derselben bleibt dem Staatsrecht; aber es giebt für unsere Wissenschaft Patrimonialgerichtsbarkeit, und Privatgerichte, (deren eigentliches Verhältniß auch noch wohl unbefangner als bisher zu entwickeln seyn dürfte); es entsteht der Gerichtsstand mit allen seinen Folgen (vielleicht eins der klärsten Beyspiele einer Classe von Privatrechten, die durch Staat und Regierung allein erklärbar sind).

b) Vormundschaftsrecht.

Anm. Bey den Römern war dies offenbar eine Lehre des reinen Privatrechts; aber bey uns auch? Ist nach

nach unsern Gesetzen dies Institut nicht an strenge Unterordnung unter die Obervormundschaft des Staats, an immerwährende Aufsicht ꝛc. gebunden? Handelt der Vormund nicht immer gleichsam nur als untergeordneter Diener des Staats?

2) Polizeyprivatrecht.

Anm. Ich muß ersuchen, mir auch hier den von mir sonst schon gebrauchten Begriff der Polizey *) zur Anwendung einstweilen zu gestatten. Es ist übrigens bey dieser Lehre des Regierungsprivatrechts gar nicht vom Grunde und Umfange der Polizeygewalt des Staats die Rede, welches dem Staatsrecht anheim gegeben bleibt.

a) Privatrecht der höhern Polizey

α) Privatrecht der Sicherheitspolizey.

Besondrer Schutz des Staats für gewisse (befriedete) Sachen.

β) Privatrecht der Personenpolizey.

N.

*) S. oben S. 14. ff.

א. Der allgemeinen Personenpolizey (welche ihre Thätigkeit nicht nach Menschenklassen unterscheidet),

a) der Bevölkerungspolizey,

b) der medicinischen Polizey (Recht der Aerzte, Apotheken, Hebammen ꝛc.),

c) der Lehrpolizey, (Recht der Schulen und Universitäten),

d) der Sittenpolizey,

e) der kirchlichen Polizey,

f) der literarischen und artistischen Polizey,

ב. der besondern Personenpolizey (welche den Einfluß des Staats auf bestimmte Menschenclassen lehrt) — oder Recht der öffentlichen Stände.

Anm. Dies glaube ich schon oben gerechtfertigt zu haben, und wegen der genauern Abtheilungen beziehe ich mich auf die

hof-

hoffentlich ohne weitre Erläuterung, soweit es hier nöthig ist, verständliche Zergliederung dieses Kapitels in den Institutionen *).

γ) Privatrecht der Güterpolizey.

ℵ. der allgemeinen Güterpolizey.

A. insofern dieselbe auf Erhaltung vorhandner Güter wirkt.

a. Privatrecht der Wasserpolizey. (Deich- und Siehlrecht).

b. Privatrecht der Feuerpolizey

B. insofern sie die Erwerbung der Güter überhaupt (das gegenseitige Verkehr) erleichtert.

a. Geldprivatrecht.

Anm. Unser Geld ist nur durch die Münzanstalt des Staats möglich; aber gerade über dieses Recht herrschen die allerverkehrtesten Grundbegriffe unter den Rechtsgelehrten, und ein großer Theil ihrer Behauptun-

*) §. 1104—1130.

tungen über diese ausnehmend merkwürdige Lehre ist eben so unhaltbar, als ein großer Theil der jetzt unter Politikern darüber herrschenden Ansichten, die neu versuchten mit eingerechnet. Aber nicht das Recht des Staats zu münzen, und was davon abhängt, sondern die Rechte zwischen Privatleuten, die durch das Geld entstehen, z. B. in Ansehung des Geldcurses, Geldagios, der Wiederzahlung ꝛc. sind das Eigenthum unsrer Wissenschaft.

b. Wechselrecht.

Anm. Ich berufe mich auf das, was ich in der Einleitung zu meiner Abhandlung *de protestatione cambiali* von der eigentlichen Grundlage des Wechselrechts gesagt habe, nach welcher alles in demselben auf den deshalb vielleicht entstehenden Proceß zu beziehen ist. Diese Nothwendigkeit einer schnellen und vollen Beweiskraft im Gerichte ist ohne die Anordnung von Gerichten mit bestimmten Vorschriften für ihr

Ver-

Verfahren, und den in selbigen zu führenden Beweis gänzlich undenkbar. Das Wechselrecht, so sehr es auch Privatrecht ist, hängt also doch ganz gewiß vom Staat in seinen Grundbestimmungen ab, und ist daher im Regierungsprivatrecht aufzuführen. Seinen Platz muß es aber hier erhalten; denn bey allen dasselbe betreffenden Eigenheiten ist immer die Hauptabsicht, das Verkehr zwischen den Menschen durch solches zu erleichtern und zu sichern.

c) Straßenrecht,

d) Botenrecht,

e) Recht der Schiffahrt.

2. Recht der besondern Güterpolizey — (welche sich nemlich auf einzelne Arten des Erwerbs bezieht) — also Privatrecht der Gewerbe.

(Wegen der Articulation dieses Abschnitts kann ich wohl auf andere mei-

ner Schriften *) für meinen jetzigen Zweck verweisen).

Anm. Wäre in unsern Staaten, und namentlich in Deutschland, die alte goldne, und im allgemeinen sehr zurückzuwünschende Freyheit der Gewerbe herrschend; so würden wegen der Gewerbe bloß und allein reine Privatrechte gelten. Aber auch jetzt, wo eben dadurch nur eine Lehre von besondern Rechten für einzelne Gewerbe möglich ist, daß der Staat sie geschieden hat; daß nur bestimmten Personen dieses, andern jenes freysteht; daß der Uebergang von einem zum andern möglichst erschwert ist; daß den meisten die Art, sie zu treiben, vorgeschrieben, oder, wie sie nicht getrieben werden sollen, verboten ist; daß Staatsanstalten für dieselben errichtet sind? — Will man dies bedenken, und mir den-

*) Instit. §. 1132—1142. und Einleit. in d. deutsche Privatrecht §. 484—577.

dennoch nicht zugeben, daß die Rechte der Gewerbe keine reinen Privatrechte sind?

b) Recht der niedern Polizey (nach Localitäten und Bezirken verschieden).

α) Gemeinderecht überhaupt,

β) Stadtrecht,

γ) Dorfrecht,

δ) Fleckenrecht,

ε) Zunftrecht.

Anm. Auch dies wäre reines Privatrecht, wenn nicht den zusammenwohnenden Menschen besondre Rechte, besondre Arten der Nahrung oder des Gewerbes, und dieses wohl noch unter der Voraussetzung neuer Bedingungen neben den von der Localität abhängigen durch die Staatseinrichtung bestimmt wären und erhalten würden.

B. Folgen der äußern Hoheit,

z. B. Beuterecht,

Lehre von der Repartition der Kriegsschä-

 den.

den (auch nur in Ansehung der Privatleute denkbar, insofern ein Staat sie vereinigt).

Erschöpfend in der Aufzählung aller einzelner Gegenstände sollte diese Darstellung nicht seyn; aber das hoffe ich doch, daß sie meine eigentliche Meynung über das Regierungsprivatrecht verständlicher machen wird. Noch muß ich aber hinzusetzen, daß ich hier allein von dem allgemeinen Zusammenhange dieses Fachs gesprochen habe. Eine andre Frage betrifft nun die Methode desselben und die davon abhängende Vertheilung der hieher gehörigen Lehren für den wissenschaftlichen und besonders auch akademischen Vortrag derselben. Davon ist hier gar nicht die Rede gewesen, und ich muß wünschen, daß diejenigen, welche die hier vorgetragenen Meynungen ihrer Prüfung würdigen wollen, sich durch keine Rücksicht auf jenen in der unbefangenen Untersuchung der hier erörterten Hauptsache irre machen lassen. Nun dann zu den übrigen Rechtstheilen:

8) Peinliches Recht.

An diesem Rechtstheil ist schon mancher Versuch zur Classification des Rechts gescheitert.

tert. Recht einsichtsvolle und scharfsinnige Männer haben seiner wohl bey der Anordnung des Rechts ganz vergessen, und hinterher erklärt, er gehöre entweder zum Regierungsrecht oder zur Staatsmoral*) (im letzten Fall also gar nicht zum Recht,) oder haben ihn unter das Staatsrecht und Privatrecht getheilt**). Andre haben wenigstens widersprochen, daß er zum öffentlichen Recht gehöre, weil sich Rechtsverletzungen und Strafen auch ohne Staatsverbindung denken lassen***). — Sollten sich alle diese Schwierigkeiten durch die von mir in der vorstehenden vierten Abhandlung versuchte Entwickelung nicht gänzlich heben, und zugleich die Grundquelle aller der bisher bey der Classification vorgefundenen Schwierigkeiten entdecken? Das peinliche Recht lehrt eigentlich gar keine Rechte, am wenigsten aber das Recht des Staats zu Criminalstrafen, oder die Criminalgewalt; diese

*) So Hr. Prof. Zachariä in seinen Grundlinien einer wissenschaftlichen Encyklopädie.

**) So Hr. Hofr. Kohlschütter in sr. Propädeutik, Encyklopädie und Methodologie.

***) Vergl. die mehrmals angeführte Recension meiner Schriften in der A. L. Z.

zu begründen, ist bloß ein Geschäft des Staatsrechts, und muß vom Criminalrecht vorausgesetzt, allenfalls entlehnt werden. Das peinliche Recht hat auch nicht überhaupt nur Rechtsverletzungen und zunächst nicht Strafen zu seinem Gegenstande. Der Hauptgesichtspunkt des Criminalrechts ist, daß durch gewisse Handlungen alle Rechte im Staat verloren gehen, und derjenige, der jene begeht, Staatsbürger zu seyn aufhört. Es ist also das Criminalrecht keine Wissenschaft des Rechts in der Bedeutung, daß sie neue Rechte lehrt, sondern vielmehr eigentlich bestimmt, wann alle Rechte wegfallen. Da dieser Umstand übersehen ward, wurde jede natürliche Classification dieses Rechts erschwert.

Dieser Rechtstheil hat zunächst den Verlust der Rechte des Privatmanns, insofern ihm solche als Staatsbürger sonst zustanden, und jetzt für ihn nicht mehr anerkannt werden, zum Gegenstande; und lehrt die Handlungen kennen, welche diesen Verlust bewirken; sodann treten gegen solche die Strafen nach einer allgemeinen Gesetzgebung des Staats ein, (denn von Privatstrafen und bloßen Sicherheitsmitteln ist dabey nicht die Rede). Dies

wird

wird dann die Stellung unter das Privatrecht im weitern Sinne auf einer, und unter das öffentliche Recht auf der andern Seite wohl rechtfertigen. Es kann aber auch zu keinem andern Theil gerechnet werden; denn es lehrt nicht neue, besondre Rechte, wie alle übrigen Rechtstheile; sondern nur die Fälle, die den Verlust aller Rechte, wenigstens im Staate, nach sich ziehen.

9) Proceßrecht.

Was ich hierunter verstehe, ist schon oben bey Gelegenheit dessen, was über die praktische Rechtsgelahrtheit gesagt ist, angedeutet.

Hier kann ich aber nun den oben angedeuteten Sinn des Worts: Civilrecht in weiterer Bedeutung, genauer erläutern. Es ist der Theil des Privatrechts im weitern Sinne, in welchem die Privatperson (das Subject derselben) bloß als Staatsbürger betrachtet wird*) — Abgesondert wird also auch hier das Lehnrecht und Kirchenrecht, wobey nach dem obgedachten besondre Verhältnisse vorausgesetzt werden.

*) Vergl. oben S. 66.

Abgeschieden muß auch das Criminalrecht bleiben. Es lehrt nicht Rechte, und man wird dabey nicht mehr als Staatsbürger (*civis*) angesehen. Allein aus beiden Gründen können die übrigen Theile des Privatrechts im weitern Sinne. Civilrecht im engern Sinne, Regierungsprivatrecht und Proceßrecht, wohl darunter begriffen werden.

Von den

10) Rechten zwischen mehrern Staaten

habe ich jetzt nicht nöthig, ferner etwas zu gedenken.

Vielleicht nehme ich ein andermal Gelegenheit, meine Bedenklichkeiten gegen die Eintheilungen Andrer zur Prüfung meiner Leser vorzubringen.

Sechste

Sechste Abhandlung.

Erläuterung einer Stelle in der Hennebergischen Landesordnung.

(Buch III. Tit. 2. Kap. 6.)

Beyspiel einer einschränkenden Auslegung eines Particulargesetzes.

Die Zeiten sind vorbey, und soviel ich weiß, ziemlich allgemein vorbey, wo man entweder unbedingt dem fremden Recht alle Gültigkeit absprach, wenn nicht die Einführung und Aufnahme einzelner Vorschriften desselben zu erweisen war, oder eben so unbedingt für dasselbe die ausgedehnteste Anwendung erzwingen, und alle Particulargesetze nie anders als eingeschränkt gelten lassen wollte. Man ist im allgemeinen wohl auf die Unterscheidung zweyer Fälle zurückgekommen, und hat für jeden eine besondre Hauptregel mit Recht und nach gültigen Folgerungen angenommen. Diese beyden Regeln sind bekanntlich folgende:

1) In Rechtsgeschäften und Rechtsfällen, welche auch im römischen Recht ihrem Gegenstande nach vorkommen, und wo also eine Anwendung der römischen Vorschriften möglich

ist,

bleibt, ist das römische Recht als gemeines Recht gültig, und das particulare Recht nicht anders, als eingeschränkt (nur soweit dessen ausdrückliche Vorschriften gehen) anzuwenden, nie weiter als seine Worte auszudehnen, wenn gleich wohl zuweilen noch enger einzuschränken.

2) Ist aber von der Beurtheilung solcher Gegenstände des Rechts, solcher Rechtsgeschäfte und Rechtsfragen die Rede, die in dem römischen Recht nicht vorkommen, wobey also eine Anwendung der römischen Grundsätze nicht statt haben kann, weil keine darauf passenden Grundsätze im römischen Recht vorhanden sind, oder wobey gar das römische Recht ausdrücklich oder folgeweise ausgeschlossen ist; da ist dasselbe nicht mehr gemeines Recht; denn es ist gar nicht Recht, und die particularen Gesetze sind nicht mehr eingeschränkt, sondern, wenn es nöthig ist, auch ausgedehnt zu erklären; denn es ist ja nichts mehr vorhanden, in Verhältniß zu dem sie eingeschränkt werden könnten *).

Wenn

*) Vergl. meine praecogn. jur. pandect. §. 52. und meine Einl. in das deutsche Privatrecht §. 27. u. die das. angeführten Schriftsteller.

Wenn aber gleich diese Regeln anerkannt sind, so sind doch theils in den etwanigen Abhandlungen darüber nicht immer ganz klare und einleuchtende Beyspiele für beyde in Menge vorhanden, theils ist man bey der Anwendung der Regel auf einzelne Fälle nicht durchaus strenge und consequent genug. Besonders läßt man sich leicht eine Verwechselung der eigentlich juristischen Regeln der Auslegung mit den psychologischen auch hier, wie in andern Fällen, zu Schulden kommen. Man verwechselt die Frage: was würde wahrscheinlich der Gesetzgeber über diesen Fall festgesetzt haben, wenn er daran gedacht hätte? mit der für den Juristen allein gehörigen: was ist nach den gesetzlich vorgeschriebenen Regeln der Auslegung hier anzunehmen? Ueber dies letzte will ich indessen bey einer andern Gelegenheit mich weiter erklären.

Für jetzt glaube ich etwas nicht ganz verwerfliches zu thun, wenn ich ein paar mir neuerlich bekannt gewordne und von mir erwogne Beyspiele von Stellen, deren Auslegung durch jene beiden Regeln bestimmt werden muß, hier anführe, zumal da sie beide aus einem und demselben Particulargesetz genommen,

mei-

meiner Meynung nach sehr erläuternd sind, und die letzte Stelle vorzüglich bestritten ist.

Das sechste Capitel des andern Titels im dritten Buch der Hennebergischen Landesordnung vom Jahr 1539 lautet folgendermaßen:

Von andern *) Gaben unter den Lebendigen, wie die zu beschehen.

§. 1. Gleicher Gestalt mag ein jede freye Mann- oder Weibs-Person, die nicht unter dem Gewalt ihres Vaters oder Vormunders, bey guter Vernunft, als ihr eigen frey erlediget Gut, gar oder zum Theil, um lebendig Leibs-Nahrung, oder anderen beweglichen redlichen Ursachen, oder sonsten gantz frey, Freunden oder Frembden, durch Gott oder Ehre, bey seinem lebendigen Leib, aus seiner Hand, Nutz, Gewähre und Gewalt wohl hingeben, nemlichen, so die Geberin verheyrath, daß solch Gab mit Wissen und Willen ihres Manns, so sie aber ledig und unverehlicht, mit Vorwissen und Bewilligung des angenommen oder von der Oberkeit verordneten Vormunders, und gegebenen Anweisers.

§. 2.

*) Nemlich das vorhergehende Kapitel handelt von Morgengab.

§. 2. Welche Gaben nicht schein- sondern wirkliche, unbetriegliche Gaben seyn sollen, also daß der Geber die geschenkte Güter nicht in sein Gewalt behält, sondern dem Nehmer alsbald unwiderrufflichen überantworte, welche Gaben alle durch des ordentlichen Richters Insiegel, in Beywesen fünf Gezeugen aufgericht und verfertigt, und anderst für unwürdig geachtet sollen werden. —

Eines Erweises, daß das römische Recht die Schenkungen kenne, bedarf es gewiß nicht; und also ist wohl die Anwendung der ersten von beyden obigen Regeln für den jetzigen Fall ganz entschieden. Darnach wird sich dann die Frage: ob die in der vorstehenden Gesetzesstelle, besonders im letzten §., vorgeschriebenen Formalien der Schenkung, nemlich die Zuziehung von fünf Zeugen, und die Bekräftigung durch des ordentlichen Richters Insiegel, auf alle und jede Schenkungen gehen? leicht beantworten lassen. Es folgt, um nicht zu viele Nebenrücksichten zu berühren, daraus,

1) daß, da die gedachte Stelle nur von der Schenkung des Guts, das jemand besitzt, gar oder zum Theil, spricht, sie wohl nicht auf die Schenkung

kung einzelner Sachen auszudehnen, sondern nur auf die Schenkung des gesammten Vermögens, oder eines bestimmten verhältnißmäßigen Theils desselben (donatio omnium bonorum vel partis quotae eorum) zu beziehen ist; besonders aber

2) dieselbe nicht auf Schenkungen an Kirchen ausgedehnt werden kann, indem auf solche nicht einmal die im römischen Recht vorhandene allgemeine Vorschrift über Eingehung der Schenkungen geht, welche doch allein durch die gedachte Stelle der Landesordnung abgeändert seyn kann, vielmehr darüber besondre römische Gesetze (L. 15. et 19. C. de SS. ecclesiis) vorhanden sind. Eben diese aber werden ja überdem noch durch die bekannte Regel, daß ein specielles Gesetz durch ein generelles nicht aufgehoben werde, aufrecht erhalten.

Nach diesen Grundsätzen hat auch der Jenaische Schöppenstuhl unlängst eine im Hennebergischen, zur Erbauung einer neuen Kirche, aber nicht unter den in der Landesordnung vorgeschriebenen Solennien, gemachte Schenkung eines Capitals für gültig erklärt.

Siebente Abhandlung.

Erläuterung einer andern Stelle
in der
Hennebergischen Landesordnung.

(Buch III. Tit. 4. Kap. 12. §. 2.)

Beyspiel
einer
ausdehnenden Auslegung
eines
Particulargesetzes.

Nebst zwey
Hennebergischen Verordnungen
über
eine verwandte Materie.

Es findet sich in der Landesordnung der Fürstl. Graffschaft Henneberg, Buch III. Tit. 4. Kap. 12. §. 2. eine, den Worten nach, sehr auffallende Verordnung über die Beerbung in der ehelichen Errungenschaft. Sie lautet vollständig so:

Wenn sich aber zutrüge, daß in Städten oder Gerichten zwey Eheleut zusammenkämen, die beide nichts hätten, auch keins zu dem andern viel oder wenig bringen würden, und aber viel oder wenig Gut mit einander in währender Ehe überkommen würden, und alsdann deren eins vor dem andern (welches das wäre) tödlich abginge; so soll das Lebendige alle Haab und Gut

sein Lebenlang, so es die Hand nicht verbricht, genießen, und alsdann nach des letzten Abgang auf ihr beider Kinder, so sie die beide ehelich bey einander überkommen hätten, oder so sie der Kinder keines, beider ihr Erben zu gleichem Theil nach Maaß und Grad der Linien, wie obgemeldt, fallen und erben, und soll das Lebendig die Kinder in Gottesfurcht und guter Zucht, wie obgesetzt, bey ihm behalten und erziehen. So aber das Ueberlebend die Hand verbreche, alsdann den Kindern den zweyten Theil, wie oben im eilften und zwölften Capitel des dritten Titels und dritten Buchs geordnet, und des Verstorbenen nechsten Erben, wo kein Kind vorhanden, den halben Theil ganzer Erbschaft zu geben schuldig seyn.

Diese Stelle ist schon von mehreren merkwürdig gefunden worden, und hat nicht selten zu Rechtsstreitigkeiten Veranlassung gegeben. Sie muß, sobald man sie allein und für sich betrachtet, in der That nicht wenig befremden. Den Worten nach spricht sie bloß von dem Fall, wo beide Eheleute nichts haben, und gar nichts zu einander bringen; und so scheint deshalb

halb auch keine weitre Ausdehnung derselben auf andre Fälle, wo Mann oder Frau vor der Ehe einige, wenn gleich wohl noch so wenige, Güter hatten, statt zu haben.

Es giebt auch Rechtsgelehrte, welche keine andre als diese eingeschränkte Auslegung zulassen, unter denen Schilter's *) Autorität wohl die größte seyn würde, weil er als ehemaliger Amtmann in Suhl das Recht seines Gebiets wohl kennen mußte, wenn er wegen dieser Frage nur etwas mehr gethan hätte, als sich an die dürren Worte halten. Denn seine bloße Meynung entscheidet offenbar nicht, und daran, daß dafür Gewohnheitsrecht bewiesen sey, fehlt um desto mehr, da es sogar an Rechtssprüchen für das Gegentheil nicht mangelt.

Außerdem ist diese Auslegung auch in einer anonymischen Schrift **) angenommen worden; aber das darüber gesagte ist kurz und so wenig erschöpfend, daß man fast gar nicht sagen kann,

*) *Schilter* prax. jur. rom. ex. 41. §. 79. de successione conjugum ex jure communi et Hennebergico.

**) Erläuterung, nebst einigen praktischen Anmerkungen über das Erbfolgerecht der Eheleute im Hennebergischen von H. F. G. S. Hildburghausen 1778. 4. §. 52.

es enthalte einige Gründe. Und dieser Schriftsteller müßte doch wohl vorzüglich durch Gründe von seiner Meynung im einzelnen Fall überzeugen; denn falls auch überhaupt noch den Autoritäten das mindeste einzuräumen wäre; so würde doch einem Verfasser dieser Art auch wohl nicht die geringste zugestanden werden können, da seine ganze Abhandlung höchst oberflächlich ist, und Mangel an Kenntniß und Einsicht überall verräth. Glaubt er doch sogar*), daß das für den Meiningischen Antheil von Henneberg gegebene Mandat von 1684 durch die in der Chursächsischen Portion erlassene Verordnung von 1704 aufgehoben sey, weil dies das neuere, jenes das ältere Gesetz wäre, und daß doch nach beiden die gesammten Hennebergischen Lande sich zu richten hätten? Es ließen sich noch andre Mißgriffe leicht angeben, wenn es der Mühe werth wäre.**)

Man kann indessen wirklich auch zu keinem andern Resultate in der Auslegung als jenem eingeschränkten kommen, wenn die Regel, daß Par-

*) §. 11. S. 8.

**) Sonst findet sich diese mehrgedachte eingeschränkte Auslegung jener Stelle auch in Joh. Andr. Hoffmanns Handbuch des teutschen Ehrechts S. 488. n. 87., aber nur kurz angegeben.

Particularrechte strenge auszulegen seyen, hier ihre Anwendung erhalten soll *). Außer dieser strengen Auslegung und genauen Anschließung an die Worte dürften die übrigen sonst etwa vorgebrachten Gründe von keinem großen Gehalt seyn.

Man will wohl manchmal behaupten, die Errungenschaft sey nur durch gemeinschaftliche Arbeit erworbnes Vermögen, und dadurch eine Einschränkung rechtfertigen; allein das ist falsch. Im allgemeinen gilt diese Unterscheidung nicht **); es bedarf besondrer Gesetze, um diese Einschränkung geltend zu machen, und es möchten wohl die wenigsten seyn, welche eine solche Einschränkung enthalten. Ueberdem heißt die so eingeschränkte Errungenschaft eigentlich Collaboration.

 Eben

*) Diese Regel ist wirklich in Ansehung derselben hier in Frage stehenden Stelle von Wildvogel in seinen responsis resp. 21. S. 31. angewendet worden, nur war dort die zu entscheidende Frage selbst eine ganz andre. Es sollte nemlich diese Stelle auf einen Fall ausgedehnt werden, welcher in der gedachten Landesordnung selbst (B. III. Tit. 3. Kap. 13.) ganz ausdrücklich und genau entschieden ist, wo also jene Regel ungezweifelt paßte.

**) S. unter andern Engau elem. jur. germ. §. 373. not.

Eben so wenig ist eine andre Behauptung von Werth; nemlich daß die Errungenschaft particuläre Gütergemeinschaft voraussetze. Auch diese ist offenbar nicht richtig; es giebt oft besondre gesetzliche Bestimmungen über die Errungenschaft, selbst über abweichende Erbfolge darinn, ohne Gütergemeinschaft, und eben so oft eine bloß auf die Errungenschaft eingeschränkte Gütergemeinschaft.

Dieser Meynung entgegen giebt es nun mehrere andre Rechtsgelehrte, welche, unbedenklich und ohne alle Einschränkungen in allen Fällen wegen der Errungenschaft der Eheleute im Hennebergischen, die in dem angeführten Paragraphen gegebnen Regeln als ganz allgemeine vortragen, ohne selbst einmal auf die aus der Stelle selbst sich ergebenden Zweifel namentlich Rücksicht zu nehmen. Es gehört hieher besonders der in Henneberg einheimische Joh. Ernst Just Müller *), der seine Behauptungen auch diesmal nicht, wie sonst immer, mit Allegaten unterstützt hat, weshalb

*) S. dessen promtuarium juris novum. Tom. I. voc. acquaestus conjugalis.

halb man dieselbe als ein eignes Zeugniß über sein vaterländisches Recht ansehen könnte. Indessen wird doch auf dies mit keinen weitern Gründen unterstützte Zeugniß nur wenig zu bauen seyn. Es hätte, um größern Glauben zu verdienen, eigentlich durch Anführung einzelner Handlungen oder Rechtssprüche unterstützt seyn müssen.

Außerdem hat der markgräfl. badische geh. Hofrath, Hr. Ph. R. Scherer, diesen Punkt des hennebergischen Rechts zwar in seiner größern Schrift*) nur kurz, und ganz ohne Gründe, entschieden; er ist aber neuerlich veranlaßt worden, darüber ein besonderes Gutachten in einem deshalb anhängigen Rechtsstreit zu geben, welches dann ganz für die Allgemeinheit jener Verordnung entscheidet**). Es ist in der That nicht leer an scharfsinnigen Gründen.

 Da

*) Verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. Th. I. S. 62. u. Th. II. S. 61.

**) Es ist datirt vom 19ten Dec. 1800. und abgedruckt in der Hrn. Asall und Oemler Blätter für Jurisprudenz, Polizey und Cultur in Deutschland. B. II. p. 1.

Da indessen die meisten mit den sogleich erwähnenden Westphälischen übereinstimmen; so will ich sie nicht besonders prüfen. Einiger andern soll noch im Verfolge gedacht werden. Alles aber, was dabey z. B. über die Regel: statuta stricte sunt interpretanda, über die Allgemeinheit der Gütergemeinschaft in Deutschland u. dgl. gesagt worden, möchte ich doch nicht unterschreiben.

Am merkwürdigsten möchte wohl die Entwickelung dieser Stelle seyn, die Westphal*) auf Veranlassung eines bestimmten Rechtsfalls versucht, und nach welcher er diesen entschieden hat**). Indessen hat dieser Gelehrte doch theils die Landesordnung von Henneberg selbst entweder nicht vor sich gehabt, oder doch wieder nicht im ganzen erwogen; theils sind seine Gründe wohl nicht alle hinlänglich und stark genug. Er hat z. B. wohl ganz recht darinn, daß man hier nicht nach dem römischen Recht ent-

*) In s. teutschen und reichsständ. Privatrecht Th. I. Abh. 1. §. 13. S. 5—7. u. Beyl. n. 2. S. 23 ff.

**) Auf diese Stelle Westphals beruft sich auch Müller im angeführten Promtuarium an einem andern Orte Tom. II. voc. communio. num. 155.

entscheiden könne, wie ich in der Folge bestimmt zu zeigen hoffe; allein der von ihm angeführte Grund, gegen diese Anwendbarkeit, weil das römische Recht von der Errungenschaft und deren besondern Vererbung nichts wisse, ist hier allein von keiner vollen Beweiskraft.

Es bleibt ja eben dies die Hauptfrage, ob außer dem in dem obigen Paragraphen der Hennebergischen Landesordnung bestimmt ausgedrückten Falle irgend von der Absonderung der Errungenschaft und deren besondern Vererbung die Rede seyn könne, und ob daher nicht in allen andern Fällen das römische Recht allein zu befolgen, und also die Errungenschaft von den übrigen Gütern des Ehemannes gar nicht abzusondern sey?

Was so eben vom römischen Rechte gesagt ist, würde auf gleiche Weise von der Anwendbarkeit eines jeden in einem besondern Lande, zu dem etwa ein Theil der Grafschaft Henneberg gekommen wäre, wirklich allgemein geltenden und als solches dort vorgeschriebnen gemeinen Rechts behauptet werden müssen, sobald nur der Anwendbarkeit desselben kein dort

recht-

rechtmäßig begründetes particulares Recht, oder eine nothwendige Folge aus solchem entgegensteht*). Von der Anwendung des gemeinen Sachsenrechts kann freylich gar nicht die Rede seyn, unter andern auch aus dem von Westphal nicht berührten Grunde, weil deshalb bey Gelegenheit der 1554 errichteten und 1555 von K. Carl bestätigten Erbverbrüderung zwischen dem letzten Fürsten von Henneberg, Georg Ernst, und den Herzogen Friedrich II., Johann Wilhelm und Johann Friedrich dem jüngern, von den drey Herzogen Reversalen gegeben worden:

> daß die Principes Henneberg. und alle die Ihren bey allen ihren Freyheiten, Lehnsgebräuchen nach Sitt und Gewohnheit der Herrschaft Henneberg und des Landes zu Franken — ferner unbeschwert bleiben sollten**)

wie

*) Vergl. meine Einl. in die Wiss. des heut. deutschen Privatrechts §. 20. 21. u. 26.

**) Deduct. die Verwandschaft und Nähe des Grades als der wahre und einzige Grund der ordentlichen Erb- und Lehnsfolge der Seitenverwandten im Rheingräfl. Erb- und Lehnfolge-Streit in der Rheingrafschaft Dhaun. 1761. S. 187.

(wie auch Scherer*) bemerkt), und überdem darüber besondre Verordnungen, welche dessen Anwendung untersagen, vorhanden sind**). Es ist aber außerdem auch leicht zu übersehen, daß die Sächsischen Rechte wegen der Erbfolge gänzlich, und wohl noch mehr als die römischen, von den Hennebergischen abweichen. Endlich darf ich darüber, daß die Fränkischen Rechte bey dieser Sache nicht unmittelbar zur Entscheidungsquelle gebraucht werden können, wie Westphal andeutet, wohl wenig Worte verlieren. Ein allgemeines Fränkisches Recht giebt es nicht; man wird uns doch als solches jetzt weder das Kaiserrecht mehr verkaufen, noch auch das wohl mehrmals sogenannte Fränkische Landrecht, oder eigentlich die kaiserliche Landgerichtsordnung des Bißthums Wirzburgs und Herzogthums Franken dafür aufdringen wollen, wenn auch letzte als die Mutter mancher andern Particulargesetze einen großen Einfluß von andrer Art haben kann. Und was ich von den Grenzen der Anwendbarkeit

*) Asall's und Oemler's Blätter l. c. S. 23.

**) Fürstl. S. Coburgische Hofgerichtsordnung v. 1598. tit. 6. Fürstl. S. (Jenaische) Hofgerichtsordnung, Kap. 15. u. a.

keit bloß ähnlicher Particulargesetze halte, und worinn ich wohl die meisten Rechtsgelehrten auf meiner Seite haben werde, glaube ich schon an einem andern Orte*) hinlänglich gesagt zu haben; es bedarf dies auch für meinen jetzigen Zweck keiner weitern Erläuterung.

Wichtiger sind freylich die übrigen Westphalischen, von mehrern schon in Anschlag gebrachten, und namentlich auch von dem Jenaischen Schöppenstul bey rechtlichen Entscheidungen gebrauchten, Gründe, die vorzüglich auf folgende drey zurückzuführen sind:

1) Sobald man einen Antheil beyder Ehegatten an der Errungenschaft annehme, sey solcher auf die Billigkeit gestützt, daß beide Eheleute zu dem, was in stehender Ehe erworben wird, jeder an seinem Theil etwas durch Fleiß und gute Haushaltung beytragen können und beyzutragen pflegen, und ihnen daher auch an dem auf diese Art erworbnen Gut ein gleicher oder doch verhältnißmäßiger Antheil zuzugestehen sey. Derselbe Grund der Billigkeit trete

*) Vergl. die erwähnte Einl. §. 21., bes. not. 3.

trete aber eben sowohl dann, wenn einer oder beide etwas eingebracht, als wenn sie ihre Wirthschaft mit gar nichts angefangen hätten, ein, und die Früchte von den eingebrachten Gütern, welche gewiß im allgemeinen mit zur Errungenschaft zu zählen seyn, könnten nur eben dadurch, daß man durch Sorgfalt und gute Wirthschaft an ihnen etwas ersparte und zurücklegte, erst die Masse des Vermögens vermehren. Es sey deshalb gar kein Grund abzusehen, warum zur Begünstigung beider Eheleute bey der Errungenschaft eine völlige Armuth derselben vor der Ehe nöthig sey.

Eben diese Billigkeit ist denn wohl auch Ursache, daß diese dunkle Stelle der Landesordnung selbst in mehrern Hennebergischen Districten und Städten genauer bestimmt, und die Vortheile beider Ehegatten wegen derselben auf alle Fälle ausdrücklich ausgedehnt worden sind*).

2)

*) Vergl. Hoffmann a. a. O. §. 186—189. u. §. 301. Es giebt indessen doch Städte im Hennebergischen, die hier nicht nach besonderm Stadtrecht, sondern nach der Landesordnung zu beurtheilen sind; so enthalten z. B. die Statuten der Stadt Suhla, Cin F. P.

2) Es erhellt nicht deutlich, daß die bloß von dem einzigen Falle gänzlicher Armuth sprechenden Worte in dem obigen Paragraphen gerade ein Theil der gesetzlichen Vorschrift (verba dispositiva) selbst seyn; zumal da die andern Fälle gar nicht ausdrücklich ausgeschlossen seyen. Es sey vielmehr nach allem bisherigen anzunehmen, daß sie nur den Fall als ein Beyspiel gleichsam festsetzen, um deutlicher und verständlicher zu werden, mithin verba enunciativa, und also unverbindlich seyen.

3) Diese eben genannten Gründe werden dadurch nicht wenig unterstützt, daß kein andres statutarisches Recht einen solchen Unterschied zwischen den vor der Ehe begüterten und ganz armen Ehegatten angiebt oder festsetzt, so viele Länder und Städte auch dem einen oder dem andern Ehegatten die Hälfte, oder ein oder auch zwey Drittel der Errungenschaft mit der Vererbung dieses Antheils auf seine ordentlichen Erben zugestehen.

Um

P. Reinhards Sammlung seltner Schriften, welche die Geschichte Frankenlands betreffen, Th. I. n. 7.) nichts von der Erbfolge der Eheleute.

Um jedoch der Unpartheylichkeit gar nichts zu vergeben, mag es wegen der eben genannten Gründe immer eingeräumt werden, daß bey dem ersten sich doch allenfalls irgend eine scheinbare Ursache einer besondern Bestimmung in dem ausdrücklich genannten Falle der Armuth beider Ehegatten darinn finden lassen könnte, weil sodann es ganz gewiß sey, daß des Mannes Güter die Ursache der Errungenschaft gar nicht enthalten könnten, und darum sein sonstiger Anspruch gänzlich wegfalle, (obwohl dies doch nur, wenn der Ehemann, aber nicht, wenn bloß die Ehefrau etwas einbrächte, anwendbar wäre, ein Fall, der doch auch nicht unerwogen bleiben muß); daß in Ansehung des zweyten die gar zu bestimmte Erklärung, und die Worte: „sie möchten viel oder wenig einbringen,“ alle ausdehnende Auslegung ausschließe, und es nicht wohl zulasse, daß jene Ausdrücke nur als Worte, die ein Beyspiel enthalten und enunciativ seyen, angesehen werden könnten; daß endlich drittens von einem Particularrechte geradezu nie auf ein anderes zu schließen sey.

Alle diese Betrachtungen machten eine neue Erwägung dieser schwierigen Stelle nöthig;

 und

und ich suchte die Auslegung derselben aus der Hauptquelle zu schöpfen. Ich verglich nemlich die einzelnen Stellen der Landesordnung, welche von der Beerbung solcher Leute handeln, die in einer Ehe mit einander gestanden, unter einander selbst, damit sich dadurch ergebe, was nach den juristischen Auslegungsregeln für ein Sinn bey derselben angenommen werden könne. Denn es ist für die so höchst nothwendige Festigkeit der juristischen Principien von der größten Wichtigkeit, sich streng an die reinjuristischen Grundsätze, unter welchen die Auslegung allein erlaubt ist, zu halten, und nicht in dem psychologischen Gebiete herumzutappen und unsichererweise auf das zu rathen, was ein Gesetzgeber wohl bey dieser oder jener Stelle gedacht habe, oder vielmehr was er wohl über eine oder die andere Frage festgesetzt haben würde, wenn er sich vorgesetzt hätte, den Fall, worauf sie geht, zu bestimmen.

Die so angestellten Untersuchungen ergaben denn, daß in der Landesordnung folgende Fälle ausdrücklich bestimmt waren, wenn gleich die Sprache, in der die Hennebergische Landesordnung verfaßt ist, sonst wohl Undeutlichkeiten veranlaßt, wie deren selbst in der zu erläu-

läuternden Stelle noch einige (für unsern Zweck jedoch ganz unbedeutende) übrig sind.

Erster Fall. Es sind Kinder aus einer Ehe da, als der eine Ehegatte stirbt. Unter dieser Voraussetzung genießt nun der überlebende Ehegatte das gesammte Vermögen, wenn er sich nicht wieder verheirathet, lebenslang; nach seinem Tode bekommen es denn doch die Kinder, welche auch seine ordentlichen Erben sind. Verheirathet er sich aber, so ist er gezwungen zu theilen und zwar den gesetzlichen Ausdrücken nach alle Güter, so dieselbig Person mit dem Verstorbnen besessen. Die Theilung geschieht in drey Theile, wovon die Kinder zwey Theile, und der überlebende den dritten Theil, aber diesen auch ohne weitern Anspruch der Kinder erster Ehe, wenn anders Kinder aus der zweyten Ehe da sind, erhält.

Für unsern Zweck ist das wichtigste, welches hieraus bemerkt werden muß, daß das zu theilende Vermögen alle gemeinschaftlich besessenen Güter beider Eheleute begreift, und insofern eine allgemeine Gütergemeinschaft voraussetzt, also an irgend einen Unterschied der eingebrachten oder in der Ehe erworbnen Gü-

 ter,

ter, und eben so wenig an einen Unterschied zwischen vorher begüterten oder armen Eheleuten, nicht auf die entfernteste Weise zu denken ist. Dies sind die Hauptresultate der Verordnung in Buch III. Tit. 3. Kap. 11 und 12.

Diese Verordnung, aber nur eigentlich diese, ist in der Folge aus angeblicher Zweifelhaftigkeit derselben in den verschiedenen Landesportionen vom Herzog Bernhard zu Meiningen den 26 Junius 1684, vom Herzog Moritz Wilhelm von Naumburg, Zeiz d. 12ten Jun. 1704*), vom Herzog Wilhelm Ernst zu Weimar den 20sten Oct. 1725. und noch später von den Herzogen von Coburg und Gotha den 11ten Januar 1781, doch auf verschiedne Art, abgeändert worden**).

Zwey=

*) Beide Verordnungen stehen bey der Meininger Ausgabe der Henneberg. Landesordnung von 1720 abgedruckt. Müller's Ausdehnung der letzten Verordnung (promtuar. v. acquaestus conj. §. 21.) läßt sich nicht rechtfertigen.

**) Die beiden letzten, meines Wissens noch nicht in Sammlungen befindlichen, und deshalb schwer zu erlangenden, Verordnungen habe ich dieser Abhandlung angehängt.

Zweyter Fall. Es sind keine Kinder, sondern andere Erben des verstorbnen Ehegatten da. Hierüber ist die Verordnung im Buch III. Tit. 3. Kap. 13. §. 1. wörtlich diese:

> Es sterbe der Mann oder die Frau, so soll das zugebrachte Heirathgut widerfallen, nemlich stirbt der Mann vor der Frauen, sollen alle unbewegliche liegende Güter inner zweyen Monats-Fristen, aber die beweglichen Güter nach Verscheinung Jahres-Frist, nach Absterben des Manns, seinen Erben ohne Verzug überantwortet, stirbt aber das Weib vor, sollen dieselbigen Güter obberührtermaßen von dem Mann des Weibs Erben eingeantwortet werden; aber rc.
>
> (Das übrige geht bloß die vom Adel an, und hat hier keinen Einfluß).

Aus dieser ergiebt sich offenbar,

1) Daß die hier genannten Erben nicht Kinder beider Eheleute seyn können, sondern nur andere Erben darunter zu verstehen sind, weil für jene vorher etwas davon ganz abweichendes festgesetzt war. Es erhellt nemlich,

2) daß bey diesen Erben nicht wie bey den Kindern ein Unterschied darinn gemacht wird, ob der überlebende Ehegatte wieder heirathe oder nicht; sondern er muß hier binnen einer bestimmten Zeit nach dem Tode immer das in der Verordnung genannte herausgeben. Nun ist aber, welches für unsre Untersuchung eine Hauptsache ist,

3) bloß das von jedem Eingebrachte als der Gegenstand der Verordnung genannt. Dies muß an die sonstigen Erben herausgegeben werden, weil Eheleute einander in der Regel nicht erben, wovon sogleich mehr. Es ist aber dabey von einer Errungenschaft in der Ehe auch nicht mit einem einzigen Worte die Rede.

Allein außer diesen Bestimmungen ist nun noch, als dritter Fall, eine über die von einem vor dem andern verstorbenen Ehegatten hinterlassenen Güter in der mehrmals gedachten Landesordnung vorzufinden; nemlich die gleich im Anfange dieser Abhandlung angeführte. Es wird aber hier durchaus nöthig seyn, diese Verordnung in ihrem ganzen Zusammenhange anzusehen. Der vierte Titel

des

des dritten Buchs ist überschrieben von Erb- und Sippschaften, welches offenbar die Erbschaften *ab intestato* bedeutet, indem der dritte Titel die Aufsschrift von Testamenten hat. Nachdem nun in den frühern Kapiteln jenes vierten Titels von den Erben in absteigender und aufsteigender Linie, von Geschwistern, Geschwisterkindern und Seitenverwandten, und der Erbtheilung unter solchen gesprochen worden; so lautet die Ueberschrift*) des zwölften Kapitels:

Eheleut erben einander nicht, mit was Gestalt das zu verstehen.

Darauf heißt denn der erste Paragraph:

> Eheleut mögen einander ohne vorhergehende zierliche Uebergaben und andre gebührliche Vermächtniß oder Geschäfft, nicht erben, es wäre dann Sach, daß darwider etliche sonder Gebräuch und Stadt-

*) Auf die Summarien, welche in der Ausgabe von 1720 stehen, kann bey der Interpretation nicht gesehen werden, da die alte (seltne) Ausgabe von 1539 sie gar nicht hat.

Stadtrecht unsrer Herrschaft, als oben im zwölften Kapitel und dritten Titel des dritten Buchs, desgleichen in unsrer Stadt Schmalkalden, so der Eheleut eins ohne eheleibliche Erben, ohne Vermächtniß und sondern letzten Willen verstürbe, die wollen wir dardurch unaufgehebt, sondern bekräfftiget haben.

Nach diesem folgt dann der zweyte an der Spitze dieser Abhandlung stehende Paragraph. Mit ihm schließt sich dies Kapitel, und die folgenden sprechen von ganz andern Materien, und können nichts weiter zur Erläuterung unsrer Hauptfrage beytragen.

Auch dürfen uns in dem eben angegebnen ersten Paragraphen die aufgezählten Ausnahmen gar nicht aufhalten. Von den Stadtrechten, unter denen bloß das Schmalkaldische genannt ist, versieht sich dies ohnehin, weil dadurch das Provincialrecht nicht abgeändert werden kann. Aber auch der besondere Provincialgebrauch, wegen dessen der Gesetzgeber sich auf Buch III. Tit. 3. Kap. 12. beruft, spricht bloß von dem obgenannten dritten Theil der mit den Kindern erster Ehe getheilten

ten Erbschaft, welchen der überlebende neue Ehegatte bey einer kinderlosen zweyten Ehe auf Lebenslang erhalten soll, welches also auch bey unsrer Frage von keinem Einfluß seyn kann. Es ist demnach aus jenem ersten Paragraph nur die Regel für uns noch übrig: Eheleute erben einander den bloßen Gesetzen nach nicht. Von dieser Regel enthält nun aber noch der zweyte Paragraph eine Ausnahme. Als solche ist die darinn enthaltene Bestimmung aufgeführt, und als solche muß man sie auch in der Hauptsache betrachten. Nach derselben ist dann verordnet, daß von der ganzen Errungenschaft der überlebende Ehegatte,

1) wenn er nicht wieder heirathet, lebenslänglichen Nießbrauch haben, und erst nach seinem Tode solche auf seine und des verstorbnen Gatten Erben zu gleichen Theilen fallen;

2) dagegen, wenn er wieder heirathe, alsdann er sogleich theilen, und zwar den Kindern erster Ehe zwey Drittel, andern Erben des verstorbenen Ehegatten aber die Hälfte derselben herausgeben solle.

Vergleicht man diese Verordnung nun mit den oberwähnten beiden ersten Fällen, so ist in Ansehung des ersten*) durchaus gar nichts verändert; und in Rücksicht auf diesen die ganze Bestimmung durchaus überflüssig, wie denn auch in der Verordnung selbst auf jene frühere geradezu zurückgewiesen ist.

Der zweyte*) Fall, bey welchem die Verordnung bloß des zugebrachten Guts gedenkt, würde eben deshalb hier nicht zur Anwendung kommen. Außerdem ist indessen hier die Hauptabweichung, daß die Errungenschaft, nicht wie das Zugebrachte, in jedem Fall, der überlebende Ehegatte mag ledig bleiben oder sich wieder verheirathen, sogleich, sondern nur im letzten Fall der Wiederverheirathung den andern Erben bey der zweyten Verheirathung herauszugeben ist.

Eben in dem letzten Punkt liegt denn auch die einzige Ursache, warum diese Bestimmung als Ausnahme gegen die gänzliche Abläugnung des Erbrechts der Ehegatten aufgeführt ist, weil

*) S. oben S. 147.

**) S. oben S. 149.

weil bey vorhandenen Kindern eine Art allgemeiner Gütergemeinschaft, wobey die Errungenschaft als Inbegriff besonderer Güter gar nicht in Anschlag kommt, angenommen worden, diesemnach denn die ganze Bestimmung, wie schon gedacht, überflüssig war. Dennoch sollte dieser allgemeine Vortheil für die Ehegatten bey der Verlassenschaft des andern Ehegatten, insofern sie Errungenschaft sey, in Anschlag kommen. Nach dessen Erwähnung machte sich denn aber weiter auch die Bestimmung, was nachher, und im Fall einer neuen Heirath, geschehen sollte, nöthig. Diese ward dann bey den Kindern durch Wiederholung und Rückweisung auf das schon verordnete und hier anwendbare gegeben; bey andern Erben hingegen war keine Vorschrift vorhanden, und deswegen kam denn die neue hinzu.

Nun ist freylich bey dem allen den Worten nach bloß der Fall genannt, wenn beide Eheleute nichts zu einander gebracht hätten, und des andern Falles, wenn neben dem Eingebrachten noch Errungenschaft bey Kinderlosigkeit vorhanden war, keine Erwähnung geschehen. Was ist also, um nun auf den eigentlichen Hauptpunkt dieser ganzen Untersuchung

zu kommen, in Ansehung des letzten Falls als gesetzlich für die Grafschaft Henneberg anzunehmen?

Zuförderst ergiebt sich ganz klar, daß über den letzten Fall in der Landesordnung gar keine gesetzliche ausdrückliche Bestimmung da sey, und also eine Regel dafür anderswoher als aus den Gesetzesworten zu suchen sey.

Man könnte nun zwar zweytens sogleich an die bekannte Regel denken: daß alle Particulargesetze strenge zu erklären, und also das gemeine Recht, welches hier nur das römische Recht, wie schon oben gedacht, seyn könnte, anzuwenden sey. Nach diesem würde dann alles Erworbne immer nur dem Ehemann gehören. Aber gerade dies ist mit der deutlichen Vorschrift in einer andern Stelle der Hennebergischen Landesordnung nicht zu vereinbaren. Denn es soll ja nach dem oben angeführten zweyten Fall und der dort angezognen Gesetzesstelle*) nicht bloß der Mann den Erben der Frau, sondern auch diese den Erben des Mannes nach dem Tode desselben bloß und allein

*) S. oben S. 149.

allein sein Eingebrachtes, und dies noch mit andern Fristen, als im römischen Recht angegeben sind, ausliefern; also nicht, wie es nach dem römischen Recht seyn müßte, alle Güter außer ihrem Eingebrachten. Das römische Recht ist daher gewiß ausgeschlossen; denn eine besondre Verordnung des letzten über die bloße Errungenschaft giebt es ja nicht. In solchen Fällen aber, wo das gemeine Recht keine Regel angiebt, folglich die Particulargesetze keine Ausnahme von einer solchen Regel enthalten können, vielmehr von einem, dem gemeinen Recht ganz unbekannten, deutschen Institut sprechen, fällt die Vorschrift der einschränkenden Auslegung gewiß weg, und es kann bey derselben auch von einer ausdehnenden Erklärung auf die nicht ausdrücklich bestimmten Fälle sehr wohl die Rede seyn *).

Wenn also nun nach diesem allen die ausdrückliche Bestimmung über die Errungenschaft in andern Fällen, als dem Fall der gänzlichen ursprünglichen Armuth der Eheleute, fehlt; so ist dennoch auch die Ausdehnung auf andre Fälle eben so wenig ausdrücklich ausgeschlos-

*) Vergl. meine Einl. in des d. P. R. §. 27. bes. Anm. 1.

schlossen, vielmehr da, wo man solche Ausschließung schlechterdings erwarten mußte, wenn sie statt haben sollte, als bey der ausdrücklichen Disposition über das von jedem Eingebrachte, nicht mit einem Worte erwähnt*). Unter diesen Umständen muß die Stelle über die Errungenschaft allgemein verstanden werden, da die oberwähnte Billigkeit, welche hier als die eigentliche ratio legis anzusehen ist, gewiß von jeder Errungenschaft gelten kann. Nach dieser Entwickelung bekommen denn erst die oben**) angegebnen Gründe andrer volle Anwendung, und es kann nun auch

*) Einen nicht unbedeutenden Nebengrund hat hierüber noch Hr. Geh. Hofr. Scherer (a. a. O. S. 24. f.) darinn beygebracht: „weil in dem Fall, da eins der Eheleute Vermögen einbringt, das andre aber nicht, die Entscheidung ins Unmögliche fallen würde, indem der eine „Theil, welcher nichts beygebracht hat, die Hälfte, „der andre aber, welcher etwas beygebracht, wenn es „der Mann wäre, die Errungenschaft ganz fodern, im „Fall es aber die Frau wäre, die Vermögen inferirt „hätte, die Hälfte des acquaestus portio vacans bleiben würde, weil sie nach der Landesordn. das Ganze „eben so wenig als nach dem Römischen Recht ansprechen, und der Mann, weil er nichts eingebracht, nur „die Hälfte haben könnte, id quod absurdum foret."

**) S. oben S. 143.

auch unter diesen Voraussetzungen der Rücksicht auf andre Particulargesetze nichts im Wege stehen*), welche in allen Fällen gleiche Grundsätze über Errungenschaft annehmen.

Die Worte allein können um so weniger entgegen seyn, da sie an sich gar nicht deutlich bedingungsweise abgefaßt sind, vielmehr durch den Anfang: wenn es sich aber zutrüge rc. eigentlich die Setzung eines Falls, gleichsam beyspielsweise, enthalten. Es läßt sich überdem dabey nicht verkennen, daß bey der Annahme dieses Falls (so unmöglich fast er in der Natur selbst ist) doch die Entscheidung am reinsten gegeben werden konnte und vielleicht nur darum die Worte so gefaßt, alsdann aber gewiß nur enunciativ sind. Es würde überdem, wenn man jedes Gesetz, in welchem ein bestimmter Fall genannt worden, bloß wörtlich verstehen und nur auf diesen einschränken wollte, niemals eine ausdehnende Erklärung gedenkbar seyn.**)

Dies

*) Vergl. hierüber noch besonders meine Einleit. in das deutsche Privatrecht, §. 21. not. 3. vorzüglich daselbst num. 2.

**) Mit allem diesem kann die Buch III. Tit. 3. Kap. 23. §. 3. vorfindliche Verordnung sehr wohl bestehen. Es

Dies ist meiner Ansicht nach der Zusammenhang dieser ganzen Materie, und Unbefangne möchten wohl zu keinem andern Resultate kommen können, wie denn dasselbe auch bisher das gewöhnliche, nur nicht mit ganz durchgreifenden Gründen unterstützt, war. Es ist auch neuerlich diese Auslegung in einem der Jenaischen Juristenfacultät abgefoderten Gutachten dargestellt worden. — Diese Ausführung dient denn auch zugleich zu einem Beyspiel der mir allein richtig scheinenden Theorie über die Behandlung des deutschen Privatrechts; vielleicht sind durch sie wieder einige Punkte jener Theorie etwas klärer und einleuchtender geworden.

Es ist vom Ersatz der durch den Mann gemachten Meliorationen die Rede; aber diese sind ja nicht nothwendig aus der Errungenschaft allein herzunehmen, sondern können ja sehr wohl auch aus dem Vermögen des Mannes aufgewendet worden seyn.

An-

Anhang.

I.

Herzoglich Weimarische Verordnung über das Erbrecht der Kinder im Hennebergischen.

Von Gottes Gnaden, Wilhelm Ernst, Herzog zu Sachsen, Jülich, Cleve und Berg, auch Engern und Westphalen rc., vor Uns und Unsern freundlich geliebten Vetter, Herrn Ernst Augusten, Herzog zu Sachsen, Jülich, Cleve und Berg, auch Engern und Westphalen rc.

Entbieten denen von der Ritterschaft und Adel, Beamten und andern Unter-Obrigkeiten, und sämtlichen Gemeinden in Unser Henneberg. Landes Portion Unsre resp. Gnade und alles Gute, und fügen Ihnen hierdurch zu wissen, was Gestalt Uns unterthänigst vorgetragen worden, wie die in der Hennebergischen Landes-Ordnung Lib. III. Tit. 3. Cap. 11. befindliche Disposition, daß, wann Eheleute von einander mit Hinterlassung Kinder versterben, und der überlebende Theil zur an-

derweiten Ehe schreitet, solches mit seinen Kindern erster Ehe Drittheilen solle, wann nicht die Schärfe dieses Gesetzes durch Heyraths-Pacta oder sonst temperiret wird, zwischen Eltern und Kindern bishero zu vielen beschwerlichen Processen Anlaß gegeben, und das vierte Gebot darüber aus den Augen gesetzt worden, dahero wir zu Abschneidung aller Weitläuftigkeiten und fernern kostbaren Processe, nach reiflicher Ueberlegung der Sache, bewogen worden, diesen Punct der besagten Hennebergischen Landes-Ordnung hiermit in gewisser Maaße zu ändern und aufzuheben. Thun solches auch hiermit Krafft dieses aus Landes-Fürstlicher Macht und Gewalt folgender Gestalt:

Daß in dem Fall, da Eheleute von einander mit Hinterlassung eines oder mehr Kinder verstorben, es künftig bey den gemeinen Rechten in so weit bleibe, daß der überlebende Theil den usum fructum oder Besiz in des verstorbenen Vermögen haben soll, und damit auf begebende Fälle das Eigenthum des verstorbenen seines Vermögens den hinterlassenen Kindern nicht geschmählert werde, und sie wissen mögen, was ihnen nach

nach des Vaters oder der Mutter Tod zukommt, der überlebende Theil ein Inventarium, oder doch eine richtige Specification über des Abgestorbenen Verlassenschaft fertigen zu lassen gehalten seyn. Was aber besonders das sogenannte Drittheilen belanget, soll in Zukunft in solche Drittheilung anders nichts, als des Verstorbenen zugebrachte Güther kommen, des noch lebenden Güther aber davon ausgenommen seyn und nach dessen Tode allererst in seine verlassende Güther entweder ab inteſtato, oder nach den zu Recht beständigen Ehe-Pactis, oder sonst nach Verordnung der Rechte von den nachgelassenen Ehegatten und Kindern ſuccediret werden. Daferne aber sich Zeit währender erster Ehe eine Errungenschafft ergebe, soll dem Mann zwey Drittel, dem Weibe aber ein Drittel eigenthümlich davon zukommen, falls aber währender Ehe nichts erworben, sondern vielmehr das zusammen gebrachte Vermögen verringert worden wäre, von der erlittenen Einbuße gleichfalls der Mann zwey Drittel, das Weib aber ein Drittel zu tragen haben und bey des überlebenden Theils anderweiter Verheyrathung dieser den Kindern voriger Ehe des Verstorbenen völlige Güther auszuhändigen schuldig seyn; Es wäre dann, daß

er nichts zu leben hätte, welchenfalls ihm die Verordnung der gemeinen Rechte zu statten kommen soll.

Befehlen solchemnach vor Uns und Eingangs hochermeldten Unsers freündlich geliebten Vetters Lbd. gedachten von der Ritterschafft und Adel, Beamten und andern Unter-Obrigkeiten, auch allen Unsern Unterthanen Unser Fürstl. Hennebergischen Landes-Portion sich hinführo in beregten Fällen darnach gehorsamst zu achten. Urkundlich haben Wir diese Verordnung eigenhändig unterschrieben, und mit Unsern Fürstl. Canzley Insiegel bedrucken lassen. So geschehen und geben, Weimar zur Wilhelmsburg den 20. Oct: 1725.

(L. S.) Wilhelm Ernst
H. z. S.

II.

Herzoglich Coburgische und Gothaische Verordnung darüber.

Von Gottes Gnaden Wir Ernst Friederich und Ernst, Herzoge zu Sachsen, Jülich, Cleve und Berg, auch Engern und Westphalen, Landgrafen in Thüringen, Marggrafen zu Meissen, Gefürstete Grafen zu Henneberg, Grafen zu der Marck und Ravensberg, Herren zu Ravenstein, und respective Tonne, rc. rc.

Fügen hiermit jedermännigiich, und besonders Unsern getreuen Unterthanen des Gemeinschafftlichen Amts Themar zu wissen: Was maasen Wir wahrgenommen, daß die in der Hennebergischen Landes-Ordnung Lib. 3. Tit. 3. Cap. II. §. 1. et 2. enthaltene Disposition, nach welcher in dem Fall, wenn Ehegatten von einander versterben, der überlebende, sobald er zur andern Ehe schreitet, mit seinen Kindern voriger Ehe, wann deren vorhanden, sowohl seine eigene als des verstorbenen Gütter zu Drittheilen verbunden ist; wenn solche Verordnung nach der Strenge exequi-

ret werden soll, mit den gemeinen Rechten und der natürlichen Billigkeit nicht übereinkommen, indem dadurch der überlebende Ehegatte gezwungen wird, schon bey seinen Lebzeiten einen großen Theil seines oft mit vieler Mühe erworbenen Vermögens an seine Kinder Ersterer Ehe abzugeben, und solches nicht allein den Kindern zweyter Ehe entziehen muß, sondern wohl gar in die Gefahr gesetzet wird, selbst in seinem Alter an dem nothdürftigen Unterhalt Mangel zu leiden.

Da Wir nun das Wohl Unserer gesammten Unterthanen zu befördern Uns jederzeit angelegen seyn lassen; So haben Wir nach vorhero dieserwegen gepflogenen Freundvetterlichen Communication beschlossen, obangeführte Disposition der Hennebergischen Landes-Ordnung, nach dem Beyspiel dessen, was in den Sachsen-Meiningischen und Henneberg-Schleusingischen Lande schon längst geschehen, dergestalt abzuändern und aufzuheben, daß, wenn künftig Eheleute von einander versterben und Kinder hinterlassen, der überlebende Theil aber zur andern Ehe schreitet, dieser von seinem eigenen sowohl zugebrachten als währender Ehe erworbenen Ver-

mögen,

mögen, an die Kinder Ersterer Ehe etwas abzugeben nicht schuldig seyn, sondern die Abfindung mit denselben lediglich nach Vorschrifft der gemeinen Sächsischen Rechte und zwar auf folgende Art geschehen soll:

Stirbt nemlich das Eheweib zuerst, und hinterlässet Mobilia und Immobilia, so kommt dem hinterbliebenen Ehemann, wenn er sich anderweit verheyrathen will, die ganze Mobiliar-Erbschaft ohne Ausnahme zu, und die Immobilia des verstorbenen Eheweibes fallen auf die Kinder, jedoch dergestalt, daß, wenn letztgedachte Immobilia zu dem Gesetzmäsigen Pflicht-Theil nicht hinreichen, der Ehemann den Kindern von den Mobilien solchen ergänzen, oder daferne gar keine Immobilia vorhanden seyn sollten, erwähnten Kindern solchen Pflicht-Theil von den Mobilien ganz abgeben muß, immassen auch der Ehemann, daferne er Mobiliar-Erbe werden will, die Schulden pro Rata zu übernehmen hat.

Woferne hingegen der Ehemann auf die Mobiliar-Erbschaft renuncirte, welches ihm allerdings frey stehet, so soll demselben der

vierte Theil der ganzen Erbschaft an Mobilien und Immobilien zusammen genommen, und ohne Absicht auf die Anzahl der vorhandenen Kinder, als seine Erb-Portion zugetheilet werden.

Wenn aber der Ehemann zuerst verstirbet, so behält die hinterbleibende Wittbe, bey anderweiter Verheyrathung, die Wahl, ob sie ihre Illata zurücknehmen, und den ganzen übrigen Vermögens-Bestand den Kindern Ersterer Ehe überlassen oder ihre Illata mit einwerfen und Portionem statutariam, nemlich den vierten Theil, falls drey oder weniger, und Portionem virilem, wenn Vier oder mehrere Kinder vorhanden, erwählen will.

Gleichwie nun Unser ernstlicher Wille und Meinung dahin gehet, daß diese Disposition bey Succession der Eheleute, es mögen solche arm oder reich seyn, in Unserm Gemeinschaftlichen Amte und der Stadt Themar auf das genaueste beobachtet und auf das obangeführte Hennebergische Landrecht hiebey nicht weiter reflectiret werden soll; Also befehlen Wir sowohl Unsern Landes-Regierungen, als auch Unsern Beamten des Gemeinschafftlichen

Amts

Amts Themar, wie auch dem Stadt-Rath zu Themar, nicht nur dieſe Unſere gnädigſte Willensmeinung ſämmtlichen Unterthanen bekant zu machen, ſondern auch bey vorkommenden Fällen ſelbſt darnach zu erkennen, weniger nicht bey etwaniger Einholung auswärtigen Erkänntniſſes dieſe Abänderung des Hennebergiſchen Landrechts den zu verſchickenden Ackten beyzulegen.

Zu Urkund deſſen haben Wir gegenwärtiges Patent mit Unſerer eigenhändigen Unterſchrifft und Herzoglichen Inſiegeln bekräfftiget und durch öffentlichen Druck zu jedermanns Wiſſenſchafft zu bringen, befohlen.

So geſchehen und gegeben Coburg zur Ehrenburg und Friedenſtein, den 11ten Januar, 1781.

Ernſt Friederich, Herzog z. S. (L. S.)

Ernſt. Herzog z. S. (L. S.)

Amts Rhenar, wie auch dem Stadt-Rath zu Rhenar, nicht nur diese Unsere gnädigste Willensmeinung sämmtlichen Unterthanen bekannt zu machen, sondern auch bey vorkommenden Fällen selbst darnach zu erkennen, weniger nicht bey etwaniger Einholung auswärtigen Erkenntnisses diese Abänderung des Sonnebergischen Landrechts bey zu verschickenden Acten beyzulegen.

Zu Urkund dessen haben Wir gegenwärtiges Patent mit Unserer eigenhändigen Unterschrift und Herzoglichen Insiegeln bekräftiget und durch öffentlichen Druck zu jedermanns Wissenschaft zu bringen, befohlen.

So geschehen und gegeben Coburg und Ehrenburg und Friedenstein, den 12ten Januar, 1791.

Ernst Friedrich, Herzog z. S. (L. S.)

Ernst, Herzog z. S. (L. S.)

Achte Abhandlung.

Zusätze und Berichtigungen

zu

Hrn. Prof. Hugo's

Index editionum fontium corporis juris civilis.

Achte Abhandlung.

Zusätze und Berichtigungen

zu

Hrn. Prof. Hugo's

Index editionum fontium corporis juris civilis.

Unter Hrn. Prof. Hugo's vielen und großen Verdiensten um die Geschichte und Bearbeitung des römischen Rechts ist die Fertigung des Verzeichnisses der Ausgaben von den noch übrigen Quellen des vorjustinianischen Rechts, welches er seiner Edition von *Pauli receptis sententiis* (Berol. 1795.) angehängt hat, gewiß keins der geringsten. Nur durch Hülfe der Kenntnisse, die solche genaue und mit den gehörigen Notizen und Beurtheilungen versehene Verzeichnisse geben, läßt sich erst selbst manches Factum und manche Behauptung über das alte römische Recht gehörig bestimmen und würdigen, und auch dies hat Hr. H. selbst schon durch Beyspiele belegt. Bey seinem Unternehmen war er durch die vortreff-

liche

liche und in allen Fächern so höchst reichhaltige Göttinger Bibliothek ungemein unterstützt. Indessen da diese doch nicht alles enthalten kann; so ist, wie ich glaube, jeder Gelehrte dieses Fachs zur Sammlung und Bekanntmachung der Nachträge, zu welchen er Gelegenheit hat, verbunden; wie denn auch Hr. H. ausdrücklich dazu auffodert: denn nur erst die aus der möglich größten Vollständigkeit hervorgehende ganz helle Einsicht kann den erfoderlichen Nutzen ganz gewähren. — Ich will mich aus den mir zunächst offen stehenden Bibliotheken *) der erwähnten Pflicht zu entledigen suchen.

Bey den Ausgaben, die Hr. H. nach dem Augenschein beschrieben hat, habe ich, wenn ich sie vergleichen konnte, immer sehr große Genauigkeit und kaum hie und da eine oder die andre, meist unbedeutende, Nebenbemerkung übergangen gefunden. — Zum Beweis meiner Aufmerksamkeit will ich in dieser Rücksicht nur folgendes erinnern:

Zu

*) Die auf der Jenaischen Universitätsbibliothek befindlichen Schriften werde ich mit einem * und die auf der Herzogl. zu Weimar vorräthigen mit zwey * * bezeichnen.

Zu N. 3. * Das Format der Sichardischen Ausgabe ist eigentlich hoch Quart; und außer den Varianten am Rande sind auch noch einige am Ende angehängt.

* Zu N. 17. Bey der genauen und belehrenden Rechenschaft, die Hr. H. von dieser wichtigen Ausgabe (in deren Besitz die Jenaische Universitätsbibliothek neuerlich gekommen ist), giebt, ist es freylich nur eine sehr unbedeutende Erinnerung, mit der aber doch wohl einmal ein Literator einer Bedenklichkeit überhoben werden kann, daß die Ausgabe zwar bis zum Ende allerdings 727 Seiten hat, daß aber davon nur 718 mit Zahlen bezeichnet sind.

Dagegen habe ich einige Ausgaben vor mir, die Hr. H. nicht sah; und von diesen will ich daher die nöthigen Notizen hier nachtragen:

Zuerst wird es bey der N. 11. den Bücherfreunden vielleicht angenehm seyn, zu wissen, daß das Jahr vor der unter N. 11 angeführten Schrift eine Ausgabe von Zasii Catalogus durch Charondas veranstaltet worden,

bey

bey der Ulpianus fehlt, die also nicht hieher gehört, und nicht mit der von Hrn. H. genannten vermischt werden darf. Ihr vollständiger Titel heißt:

* Catalogus legum antiquarum una cum adjuncta summaria interpretatione per Joannem Ulricum Zasium Brigantinum diligenter collectus. Cum adnotationibus Ludovici Charondae Icti Parisiensis. Lutetiae apud Gulielmum Cavellat in pingui gallina ex adverso collegii Cameracensis. 1554. 12.

Von wirklich hieher gehörigen Ausgaben kann ich folgende vollständigere Titel und Nachrichten geben:

13) * Julii Pauli receptarum sententiarum ad filium Libri V. In eosdem Jac. Cujacii interpretationes. Parisiis apud Andream Wechelum sub Pegaso in vico Bellovaco. Anno salutis 1558. Cum Privilegio Regis. längl. klein Quart. 195 S. außer Vorrede und Innhalt. — Es scheint, Cujas habe von Ranconnet nur einen Codex gehabt, und die libri Tilii, quos habet quam-

quamplurimos, scheinen auch Codices zu bedeuten. Es ist übrigens eine reinliche und lesbare Ausgabe.

26) * Jacobi Cujacii IC. Clarissimi in Julii Pauli receptarum sententiarum ad filium Lib. 5. interpretationes. Accesserunt indices duo copiosi, quorum prior est Titulorum Julii Pauli, alter materiarum. Coloniae Agrippinae apud Joannem Gymnicum sub Monocerote. Anno M. D. LXXVII. kl. 8. 308 S. ohne Vorrede und Register. — Ein bloßer Abdruck von N. 13. bis auf das Materienregister, das hier erst hinzugekommen.

Zwischen 25 und 26 fehlt, oder ist vielmehr eins mit 23, das also wegfällt:

25 b) ** Mosaycarum et romanarum legum collatio, ex integris Papiniani, Pauli, Ulpiani, Gaji, Modestini aliorumque veterum Juris auctorum libris ante tempora Justiniani Imp. desumpta. Ejusdem Imp. Justiniani Novellae Constitutiones III. Juliani Antecessoris CP. Dictatum de Consiliariis. Ejusdem Juliani Collectio

de contutoribus. Ex bibliotheca P. Pithoei IC. cujus etiam Notae emendatiores adjectae sunt. Basileae per Thomam Guarinum Anno M. D. LXXIIII. 4. — Eine Ausgabe von gutem Aeußern. Auf dem Rücken des Titels steht folgendes:

Typographus. Veterum haec juris auctorum fragmenta ante tempora Justiniani Imp. collecta et cum Moysis legibus collata, diutius nostris hominibus invidere nolui, *maxime cum Notae emendatiores prodeant*, *quod moleste aut graviter non laturum V. C. Petrum Pithoeum* pro ea qua est in rem literariam propensione summa, omnino spero et opto. Vale.

Darauf folgt: Pithoei epistola ad Thuanum mit der Jahrzahl 1572. Am Ende findet sich auch das fragmentum de juris speciebus etc., wie Hr. H. bey N. 22. bemerkt.

35) ** Codicis Theodosiani libri XVI. quam emendatissimi cum Aniani interpretationibus. Novellarum Theodosii, Valentiniani, Martiani, Majoriani, Severi libri

V.

V. Codicum Gregoriani et Hermogeniani fragmenta quae restitui potuerunt omnia. Gaji Institutionum liber. IulI Pauli Receptarum sententiarum ad filium libri V. cum Aniani interpretationibus. Papiani liber Responsorum. Ulpiani regularum liber singularis. VolusI Maetiani de partibus assis liber. His recens accesserunt LicinI Ruffini collatio legum Judaicarum et Romanarum. Consultatio veteris cujusdam Jurisconsulti. Haec omnia curante Jacobo Cujacio. Aurelianae Allobrogum, excudebat Joh. Arnoldus 1586. länglich Quart. — Hr. Hugo's Vermuthungen, daß die unter * N. 38. aufgeführte Lyoner Ausgabe von 1593 mit dieser einerley sey, ist ungezweifelt richtig; es sind aber mehrere Bogen noch umgedruckt, als er vermuthete. Sonderbar ist, daß in dem vor mir liegenden Exemplar von 1586, also der frühern Ausgabe, die Seiten 550 und 551 doch nicht zusammentreffen, indem die erste mit coram testa als Custos schließt, und die andre mit infirmitatibus anfängt, also fehlt etwa eine Zeile. Die Novellen Valentinians S. 570 ff. stehen auch in der Ausgabe von 1586.

In * N. 50 ist nicht, wie Hr. H. glaubt, seine * N. 30, die ich verglichen habe, sondern die von mir angeführte ** N. 25 b. abgedruckt (also auch daher eigentlich die admonitio Typographi entlehnt), und nur der In-

dex rerum ans Ende verlegt. Durch ein lächerliches Versehen ist der Index titulorum doppelt, einmal zu Anfange und einmal am Ende abgedruckt.

Noch würden ein paar Zusätze sich daraus re geben, wenn

1) die Ausgaben von Cujacii operibus alle genannt würden, wo sich z. B. Ulpianus, Paulus und die Consultatio in der Ausgabe ** Han. 1602 und ** 1637 finden;

2) wenn auch die Corpora juris civilis, in welchen die ältern juristischen hier in Frage stehenden Schriften abgedruckt sind, aufgezählt würden. So stehen sie, um nur sogleich, was mir darüber beyfällt, anzumerken, in den Leeuwenschen Ausgaben, und unter andern Ulpianus nach Cujacius, und Cajus in *Corp. jur. civ. ex ed. D. Gothofredi Col. Allobrog. ap. Vignon 1615. II Vol. Fol.

Sollten mir mehrere zu Händen kommen; so werde ich auch diese nachzubringen nicht vergessen, und nächstens einmal einen ähnlichen Nachtrag zu Hn. Prof. Thibaut's Abhandlung über und wider die gewöhnlichen Begriffe in Ansehung der verschiedenen Ausgaben der Pandekten*) liefern.

*) In dessen Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Th. I. Abh. 14. S. 265 ff.

Neun=

Neunte Abhandlung.

Merkwürdige Rechtsfälle,

mit und ohne Entscheidung.

I.

Versteht sich die Substitution eines Gläubigers der Ehefrau an deren Stelle, und der Ehefrau an desselben Stelle im Concurse ohne richterliches Erkenntniß darüber von selbst (*ipso jure*)?

B hatte an A und dessen Ehefrau eine Foderung von 2000 Rthlr. aus Schuld- und Hypothek-Verschreibungen. Es entsteht über des Ehemannes A Vermögen Concurs. Bey demselben verlangt die Ehefrau ihr Eingebrachtes wieder; dabey melden sich aber nun

Gläubiger gegen sie, und auch über ihr Vermögen bricht Concurs aus.

In beiden Concursen ist derselbe Advocat Curator. In beiden Concursen wird die Foderung von B liquidirt, und eben so eine Foderung von D auf 400 Rthlr. ꝛc Ueberdem liquidirt C (der nachher aufzuführende Kläger) in der Frauen Concurse 2000 Rthlr. In der im Concurse des Mannes gesprochnen Prioritätssentenz waren nun unter andern folgende Gläubiger locirt:

„23) B mit 2000 Rthlr. ꝛc."

„24) E (der Erblasser der bald anzugeben„den Beklagten) mit 300 Rthlr. ꝛc."

„25) D mit 400 Rthlr. ꝛc."

In demselben Urtheil war noch nachher der Ehefrau des Gemeinschuldners die rechtliche Liquidation ihrer Illaten aufgelegt, worauf denn Location geschehen sollte. Diese erfolgte auch späterhin durch einen Bescheid so, daß die Illaten zwischen die in dem den Ehemann angehenden Prioritätsurtheil unter N.

16

16 und 17 geordneten Gläubiger gestellt wurden, und an der Frauen Stelle ihre Gläubiger eintreten sollten.

In der hierauf abgegebnen Locationssentenz in der Ehefrauen Concurse waren von ihren Gläubigern die schon oben erwähnten folgendermaßen geordnet.

„1) B mit (den auch in des Mannes Concurse locirten) 2000 Rthlr.“

„2) D mit (den ebenfalls dort genannten) 400 Rthlr.“

„3) C (der spätere Kläger) mit 2000 Rthlr.“

Im weitern Verfahren brachte nun der Curator in der Frauen Concurse an: die aus des Mannes Concurse zwischen N. 16 und 17. auszuzahlenden Illaten betrügen nach Abzug der Kosten 2038 Rthlr. ꝛc. und wären an der Frauen Gläubiger auszuantworten. Nun sey B's Foderung, die sonst unter N. 23 zu bezahlen gewesen, unter diesen die erste und demzufolge auszuzahlen.

Bald darauf machte der gedachte Curator eine neue Anzeige: Es sey jetzt in des Mannes Koncurse der unter N. 22. aufgeführten Gläubiger befriedigt. N. 23. (B) habe aus den vorherclassificirten Illatis seine Befriedigung zu erwarten; es folge nun also N. 24. (E). Er bat um einem Termin zu dieser Auszahlung, und dieser Termin ward angesetzt.

Es wird nun theils an B die Zahlung in Beyseyn des Curatoris litis et bonorum ohne allen Zusatz und Vorbehalt geleistet, theils hernach auch E (N. 24.) befriedigt.

Nun hatte zwar C (der in der Frauen Concurse N. 3. locirte Gläubiger) einiges wenige auf seine Foderung noch aus der Frauen Masse ausgezahlt erhalten; aber weder die Masse des Mannes noch der Frau reichten zu, ihn ganz zu bezahlen.

Da trat denn der gedachte C als Kläger gegen die Erben von E mit folgender Klage auf: Jene Auszahlung an der Beklagten Erblasser sey zu früh geschehen. Vorher hätte die Ehefrau an B's Platz, welcher an ihrer

Stelle befriedigt worden, in des Ehemanns Concurse bezahlt werden sollen, oder vielmehr statt ihrer der wieder in ihrem Platz getretene Kläger. — Nun hätten aber die Beklagten das Geld empfangen, auch genützt, und Kläger den Nutzen davon entbehrt. Seine Bitte ging daher auf Rückzahlung des empfangnen an ihn mit den Zinsen seit dem Tage des Empfangs und auf Kostenersatz. Das Decret des Kollegiums, das in erster Instanz gesprochen hatte, war folgendes.

„Da die vom Imploranten intendirte „Klage so wenig als Condictio indebiti als „Condictio sine causa begründet ist, auch „die Bezahlung der von C liquidirten Foderungen auf vorgängige Anzeige des Curatoris bonorum und ad lites, — vom Gericht „genehmigt worden; so wird Implorant mit „der angestellten Klage ab- und zur Ruhe verwiesen; immittelst wird demselben, dafern „er sich damit durchzukommen getrauen sollte, „der Regreß gegen die Erben des Curatoris „vorbehalten."

Dagegen wandte der Kläger Rechtsmittel ein, wobey er auch unter andern urgirte, daß

der ihm vorbehaltne Regreß ganz ohne Wirkung sey, weil der Curator nichts hinterlassen habe.

Indessen ward von der Facultät zu Jena das vorige Decret uneingeschränkt bestätigt.

Ich will hiebey nicht anführen, daß in diesem Rechtsstreit zugleich die streitige Frage mit in Anschlag kam, ob die Frau bey der mit dem Ehemann zugleich unterschriebenen Schuldverschreibung als Selbstschuldnerinn oder als Bürgin anzusehen oder wofür wenigstens zu vermuthen sey? Sie ist theils von andern untersucht, theils ward ihre genaueste Erwägung durch die Hauptfrage überflüssig gemacht; denn sie war denn doch auf jeden Fall zum Theil Bürgin.

Diese Hauptfrage nemlich konnte bloß darauf gehen: ob die Substitution eines Gläubigers an die Stelle des andern, besonders also der Ehefrau an die Stelle des an ihrer Stelle bezahlten Gläubigers, und sodann wieder anderer Gläubiger an ihre Stelle, sich auch ohne richterliches diese Substitution anordnen-

ordnendes Erkenntniß folglich von selbst (ipso jure) verstehe? Eine besondre Ausführung über diese Seite der Substitution im Concurse habe ich in den juristischen Schriften nicht finden können. Eben darum wird, wie ich hoffe, eine genauere Erwägung der Frage meinen Lesern nicht unwillkommen seyn.

Es ist aus dem obigen dabey wieder in Erinnerung zu bringen, daß die Ehefrau mit ihren Illaten an einem bestimmten Platz locirt und an (diese) ihre Stelle ihre Gläubiger ausdrücklich eingewiesen waren; daß man aber sie nicht wieder in die etwa spätere Stelle der statt ihrer in des Mannes Concurse befriedigten Gläubiger, noch andere ihrer Gläubiger in diese ihre neue Stelle substituirt hatte. — Ein bestimmtes Gesetz über eine solche Substitution ist auch nicht vorhanden; also mußte man auf Analogieen hier sehen, und da war denn die mit der Cession wohl unwidersprechlich. Diesemnach entschieden denn folgende Gründe:

1) Es giebt zwar mehrere Rechtsgelehrte, nach deren Meynung vermöge der angeblichen größern Einfalt unsrer Sitten

dem

dem Bürgen auch ohne ausdrückliche Cession des Anspruchs oder der Klage ein Regreß gegen den Schuldner oder die Mitbürgin zustehen soll.

Gröneivegen de legibus abrogatis ad L. 11 C de fidejussor.

Berlichii conclus. pract. P. II. concl. 22. n. 55. seqq.

Jo. Voet comment. ad Pand. L. XLVI. tit. 1. §. 30.

Nun hatte der in beiden Concursen sowohl des Ehemanns als der Ehefrau bestellte Curator durch sein Gesuch die Zahlung der dem Gläubiger B zustehenden Foderung veranlaßt, und auf des Justizcollegiums Genehmigung wirklich veranstaltet. Er hatte sich sogar bey dem gedachten Gesuch als der in der Ehefrau Concurse bestellte Curator unterschrieben. Da nun ein Curator im Concurse die Person des Gemeinschuldners repräsentirt,

Leyser med. ad Pand. sp. 491. med. 5.

so

so hätte man voraussetzen können, daß bey der an den Gläubiger B durch den Curator geschehenen Zahlung von erstem an letzten eine Cession geschehen, und in die Stelle der Ehefrau dann wieder der Kläger als ihr weiter noch zu befriedigender Gläubiger getreten sey. Diesemnach würde dann dessen Foderung vor den Beklagten zu bezahlen gewesen, und die dem Gläubiger B vorhin zustehende Klage aus dem Darlehn oder Pfandrechte nun auf Klägern übergegangen seyn.

Dennoch sind alle diese Gründe von keiner Bedeutung. Die obgedachte Meynung einiger Rechtslehrer, nach welcher zu Gunsten der Bürgen, wenn diese die von ihnen verbürgten Schulden bezahlen, eine stillschweigende Cession oder auch ein gültiger Regreß ohne alle Cession anzunehmen seyn soll, hat wenige Autoritäten für sich (wenn anders diese noch einer Erwähnung bedürfen), dagegen aber deutliche Gesetze und klare Folgerungen aus denselben gegen sich. Es ist ja nehmlich nach dem gemeinen Recht dem Bürgen ausdrücklich bloß dies nachgelassen, daß er die Cession der Foderung, für welche er die Befriedigung leistet, verlangen könne.

L. 17 et 41. §. 1. D. de fidejussor. et mandator. L. 76. D. de solutionibus.

Dies ist daher mit vollem Grunde von den Rechtslehrern ein *beneficium* cedendarum actionum genannt worden; eben deshalb ist es aber auch völlig im klaren, daß ein solches Verlangen zur Erwerbung der gedachten Klagen erfoderlich, und ohne wirklich geschehene Cession kein Uebergang der Klage des Gläubigers gegen den Schuldner auf den Bürgen anzunehmen sey.

Pufendorf obss. jur univ. Tom. I. obs. 130. pag. 334. verbis: plane igitur si constat etc.

Eben so wenig kann aber nun auch die im Concurse gewöhnliche Substitution der Ehefrau an die Stelle der an ihren Platz einrückenden Gläubiger ohne richterliches Erkenntniß (ipso jure) statt haben. Es fehlt darüber theils an einem Gesetz, das dieses anordnete; theils sind auch die bisher gegen die von selbst eintretende Cession aufgeführten Gründe ebenfalls gegen dieses Eintreten im Concurse ohne ausdrückliches Erkenntniß anzuwenden, weil

weil dadurch ja auch Rechte und Ansprüche mit besondern Bestimmungen übergehen. Nun war aber in dem vorerwähnten Proceß ein ausdrückliches richterliches Erkenntniß zu Gunsten der Ehefrau gar nicht vorhanden, und eben so wenig war eine darauf gerichtete Bitte oder ein darauf bezognes Rechtsmittel von der Ehefrau oder dem Curator des Gantprocesses odes auch von dem vornehmlich dabey interessirten Kläger vorgebracht oder eingewandt worden. Demzufolge konnte man denn unmöglich annehmen, daß die Klage des Gläubigers auf den Kläger übergegangen sey, und noch viel weniger, daß sie gegen Beklagte angewendet werden könnte, gegen welche sie vorher niemals statt hatte.

Ward nun daneben 2) die von Klägern hier angestellte Klage in Betracht gezogen, so war gleich anfangs die wirklich gegründete und sogar rechtskräftig zugesprochne Foderung der Beklagten als ein indebitum unmöglich anzusehen; auch lag die causa, aus welcher Beklagte das ihnen im Concurse ausgezahlte Geld besaßen, deutlich genug vor Augen, und es ließ sich auch auf keine Weise behaupten, daß sie sich durch den Empfang desselben bereichert hätten. Daher war denn soviel

ohne alle weitre Untersuchung klar, daß die angestellte Klage weder als condictio indebiti noch als condictio sine causa für statthaft angenommen werden konnte, in welcher Rücksicht sie denn auch obgedachtermaßen in dem ersten Localerkenntniß verworfen worden.

Von Klägers Seite räumte man auch in der Folge ein, daß seine Klage als eine von jenen nicht angesehen werden könnte. Dagegen wollte man doch aus dem oben entwickelten Zusammenhange einigen Grund zum Anspruch an Beklagten erzwingen; und darum sollte denn die angestellte Klage als eine condictio ex lege oder in Ermangelung jeder andern Benennung als eine actio in factum aufgeführt und gerechtfertigt werden.

Es ist indessen leicht zu übersehen, wie wenig auch diese Wendung befriedigen konnte. Zu einer condictione ex lege ist immer eine lex als Quelle derselben erfoderlich, eine solche aber war hier gar nicht aufzufinden, und also war auch die angestellte Klage als eine solche Condiction nicht zu rechtfertigen.

Aber auch zur Begründung einer actionis in factum ist den deutlichen Gesetzen zufolge eine

eine, wenigstens natürliche, Verbindlichkeit des Beklagten nöthig. Justinian sagt bestimmt: placuit eum, *qui obnoxius fuerit*, in factum actione teneri.

§. ult. Inst. de lege aquilia. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 46 47.

Auch ist die von den Rechtsgelehrten andern gesetzlichen Ausdrücken zufolge als Grund einer actionis in factum erfoderte Billigkeit

(vergl. Schmidt von gerichtl. Klagen und Einreden §. 26.)

ohne eine natürliche, aber doch von den bürgerlichen Gesetzen nicht durchaus verworfene, Verbindlichkeit gänzlich undenkbar. Der hier angestellten Klage aber widersprechen, selbst wenn sie gegen den Hauptschuldner angestellt würde, ausgeführtermaßen deutliche Gesetze; wie vielmehr denn jetzt, da sie gegen die ganz als Dritte zu betrachtenden Beklagten erhoben worden! Es kann also dabey von einer natürlichen, nur einigermaßen mit den Gesetzen zu vereinigenden, Verbindlichkeit

 nicht

nicht die Rede seyn; und sogar die gleichsam als die letzte Zuflucht für einen Rechtsanspruch anzusehende und als solche der actioni in factum praetoriae zum Grunde gelegte Bereicherung mit dem Schaden des andern

Böhmer de actionib. sect. II. cap. 5. §. 5. seqq.

Schmidt von gerichtl. Klagen §. 1340. ff.

hat hier um so weniger statt, als die an der Beklagten Erblasser ausgezahlte Schuld rechtskräftig für gültig anerkannt worden, demnach durch die Bezahlung bloß ein wirklicher sonst entstehender Verlust an der Beklagten Vermögen abgewendet, keinesweges aber selbigen ein Gewinn zugewachsen ist; und also war auch aus diesem Gesichtspunkt gar kein gültiger Grund eines Anspruchs gegen sie abzuleiten.

Endlich war noch 3) von dem Klägern gegen die Erben des verstorbnen Curatoris vorbehaltnen Regreß eine Beschwerde hergenommen, weil letzter kein Vermögen hinterlassen hätte. Dennoch habe derselbe bey der Auszahlung der Foderung an B sich keine Rechte abtreten lassen; durch diese Fahrlässigkeit

des

des Curators sey aber der Kläger verletzt worden. Nun werde die Fahrlässigkeit eines Advocaten oder Anwalds, durch die jemand lädirt sey, für eine rechtmäßige Ursache zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geachtet, und dies besonders in dem Falle, wenn der Rechtsbeystand oder Sachwalter nicht zahlungsfähig sey.

arg. L. 26. §. 9. D. ex quibus causis majores XXV. annis — et al.

Daher könnte denn nach Klägers Meynung ihm wenigstens die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht versagt werden.

Allein wenn man auch das klägerische Vorgeben von der gänzlichen Insolvenz, in welcher der erwähnte Curator verstorben seyn sollte, sogleich als wahr annahm; so war doch Kläger von der Lage des Concurses, in dessen Fortgang er als Liquidant beständig mit thätig gewesen war, von der Größe der Foderung des Gläubigers B, von dem Betrag der zur Befriedigung derselben bestimmten Illaten der Frau, von dem Platz, welcher diesen Illaten sowohl als der Foderung des Gläubigers B in des

Ehemanns Concurse angewiesen worden u. s. w., auf das genaueste unterrichtet gewesen, und hatte folglich die etwanige Verletzung durch seine eigne Schuld und durch die Verabsäumung des Gesuchs um die etwanigen Wohlthaten der Cession oder richterlichen Substitution erlitten, daher denn die Regel: jura vigilantibus scripta sunt, gegen ihn anzuwenden war. Nun aber ist bey Verletzungen, die aus eigner Schuld entstehen, keine Restitution zu ertheilen.

arg. L. 35. D. de servitut. praedior. rusticor. — coll. L. 1 in fin. D. ex quibus causis majores XXV. annis.

Ueberdem wird das Recht auf die prätorische Restitution bekanntlich längstens binnen vier Jahren verjährt; gleichwohl waren hier seit den geschehenen Auszahlungen an den Gläubiger B und die Beklagten weit über zehn Jahre verflossen; es stand deshalb auch dem Gesuch des Klägers die Verjährung entgegen.

Zuletzt war Klägern nach dem oben entwickelten überhaupt keine Klage einzuräumen, gewesen; daher konnte dann auch selbst die

Ge-

Gewährung seines Gesuchs um Wiedereinsetzung ihm nicht einmal zu einem Anspruch gegen Beklagte im Mindesten verhelfen, wie doch allein seine Absicht war.

2.

Ist der Remittent eines Wechsels verbunden, den Primawechsel unmittelbar an den Wohnort des Trassaten zur Acceptation zu senden?

Im verwichnen Winter ist folgender Rechtsfall vor der King's Bench in London verhandelt worden, und hat eine große Aufmerksamkeit im Handelstande erregt, auch mancherley Verhandlungen in den englischen Zeitungen und Tagblättern veranlaßt.

Die Gebrüder F. in Danzig hatten eine Ladung von 831 Pfund Sterling an Werth, an N. et Comp. in Liverpool, mit dem Auftrag, sie für ihre Rechnung zu verkaufen, gesandt (consignirt). Die darauf gewöhnliche

Remesse (auf die übrigens in diesem Falle die Consignanten sogar noch warten wollten) machen N. et Comp. in einem Wechsel, der von K., G. et Comp. in London auf S. et Comp. in Hamburg gezogen war. Die Remittenten senden aber beide Wechselexemplare nach Danzig, also ohne die Prima unmittelbar nach Hamburg zur Acceptation zu befördern. N. et Comp. hatten den Wechsel ohne allen Zusatz indossirt, und nur in dem ihn begleitenden Briefe gesagt, daß sie nicht Gewähr leisten wollten. Sie waren also offenbar aus dem Wechsel verbunden.

Da nun der Wechsel von Danzig nach Hamburg gesandt wird, hatten die Trassanten zu zahlen aufgehört, und die Trassaten verweigern die Acceptation, obgleich sie von demselben Hause der Trassanten später ausgestellte, aber direct eingesandte, Wechsel noch acceptirt hatten, und also auch diesen gewiß noch acceptirt hätten, wenn er direct von Liverpool eingesandt wäre.

Jetzt wurde der Wechsel protestirt, und N. et Comp. mußten ihn zahlen. Dafür aber behielten sie nun eine Summe als Compensa-

tion auf die Ladung eines andern von den Gebrüdern F. an sie addressirten Schiffs inne, weil sie behaupteten, die Gebrüder F. müßten den Schaden tragen.

Diese klagten nun gegen N. et Comp. in London, und es stritten für die Kläger die berühmten Sachwalter, Erskine, Gatty und Holroyd. Erskine erklärte vor dem Proceß in einem Briefe: There is no actual Law of Merchants in this Country, and when that is the Case, Custom supplies the Place of Law. Is therefore the sending of Bills a Custom of Merchants, F. cannot but gain their Suit. — Auf diese Gewohnheit ward denn auch die richterliche Untersuchung gerichtet.

Der Richter, der bekannte Lord Kenyon, fragte die Jury, die aus Kaufleuten berufen war: ob die Sendung der Wechsel zur Acceptation allgemeiner Gebrauch und unumgänglich nöthig sey. Die Jury antwortete: Es hänge von einem jedem ab, in dieser Hinsicht zu handeln, wie er wolle. So wurden denn die Kläger mit ihrer Klage abgewiesen, und ein weiteres Rechtsmittel hatte nicht statt.

Würden unsere Rechtsgelehrten auch so geurtheilt haben? Sollte diese directe Sendung des Primawechsels zur Annahme, — wenn auch nicht unumgänglich nöthig, (wie wohl nicht genau gefragt war) — doch wenigstens nicht dann erfoderlich seyn, wenn, wie hier, ein Bevollmächtigter zu handeln hat, der zu einem hohen Grade von Sorgfalt verbunden ist?

---

3. und 4.

Zwey Fälle, in welchen die Entscheidung zwischen dem Erfüllungseide und Reinigungseide sehr schwierig war.

3.

Es hatte jemand gegen seiner Mutter Bruder, der zugleich sein Vormund gewesen, auf Herausgabe einiger Rechte geklagt, die in seiner Mutter Eigenthum gewesen, und die der Vormund in Besitz hatte. Der Beklagte setzte dabey entgegen, daß er jene Rechte von des Klägers Mutter gekauft habe. Bey diesem

sem Kaufe sey der nachherige zweyte Vormund des Klägers gegenwärtig gewesen; dieser könne es bezeugen, und er bäte ihn abzuhören. Den Kauf habe des Klägers Mutter bey ihrem Leben niemals niederschreiben lassen wollen; es sey aber bey der mütterlichen Theilung ohne allen Widerspruch darüber ein Aufsatz verfertigt und damals auch die darauf noch schuldigen Gelder bezahlt worden.

Es kam auch in der Folge eine Schrift zu den Acten, in welcher der Kauf als richtig vorausgesetzt, ein Theil des Kaufgeldes als bezahlt angegeben, und für den größern noch rückständigen Theil von dem angeblichen Käufer Schulden zu bezahlen übernommen worden. Diese Schrift war von dem Käufer selbst als Vormunde, sodann dem obgedachten zweyten Vormunde, dem Schwager und Miterben des Klägers und einem Schöffen unterschrieben.

Dem von dem Beklagten als Zeugen obgedachtermaßen vorgeschlagenen zweyten Vormund ward von der klägerischen Seite die Einrede der Unzuläßigkeit entgegengesetzt, weil er einen Wilddiebstal, der doch immer ein

Dieb-

Diebstal sey, und einen Ehebruch, folglich infamirende Verbrechen, begangen hätte. Die deshalb herbeygeschafften Acten ergaben indessen, daß er zwar eines Ehebruchs bezüchtigt worden, ihn aber geleugnet hatte, und daß die Untersuchung darüber nicht hätte beendigt werden können, folglich dies Verbrechen ganz illiquid war. Der Wilddiebstal bestand in einem bei seinem Garten geschossenen Hasen; dieses Vergehens war er geständig gewesen, und auch wegen desselben mit zwanzig Rthlr. und dem Verlust der Flinte gestraft worden. Es war wohl ganz offenbar, daß alles dies zur Verwerfung des Zeugen auf keine Weise hinreichen konnte.

Demnach ward in der ersten Instanz der Bescheid auf Beweis der Einrede durch den Beklagten und desfalls vorzunehmende Abhörung des vorgeschlagenen Zeugen gerichtet, und dieser Bescheid auch, der Appellation des Klägers ungeachtet, bestätigt.

Der abgehörte Zeuge nun sagte alles nach Wunsch für die nunmehrigen Beklagten aus; denn mitlerweile war der gedachte beklagte Vormund gestorben, und seine Erben setzten

den

den Proceß fort. Beym Hauptverfahren wiederholte der Kläger seine Einreden gegen den Zeugen, und der Definitivbescheid gieng auf einen durch den Kläger abzuleistenden Reinigungseid, der indessen, da es eine Handlung seiner verstorbnen Mutter betraf, nur de credulitate gefodert werden konnte.

Die Beklagten appellirten hierauf, führten als Beschwerde an, daß auf den Reinigungseid erkannt, sie nicht vielmehr zum Erfüllungseide de credulitate gelassen worden, und erboten sich dabei zu weiterer Beweisführung durch Zeugen. Sie schlugen dazu vor: den ehemaligen Knecht der Mutter des Klägers und den Schöffen, der die oberwähnte Urkunde mit unterschrieben. Allein nach den zugleich mit übergebnen Artikeln sollte erster bloß aussagen, daß er von Beklagter Erblasser für Klägers Mutter, wenn sie Geldmangel gehabt, öfter Gelder abgeholt habe, und daß er „dieser abgeholten Gelder wegen zu vernehmen gehabt, daß solche auf die Rechte, welche der Beklagten Erblasser von Klägers Mutter erkauft, nach und nach in Abschlag gezahlt worden." Der zweyte war bloß über den Vorgang bey der Erbtheilung, zu

der er committirt worden, zu befragen. Er sollte angeben, daß dabey des Klägers Schwester den von dem Erblasser der Beklagten damals angezeigten Kauf ohne allen Widerspruch als richtig angenommen, daß der zweyte Vormund bey dessen Schließung gegenwärtig gewesen zu seyn bezeuget, und daß er, der Zeuge, nach des Verstorbnen Rechtschaffenheit und Handlungsart gegen seine Schwester, an der Richtigkeit des Kaufs nicht zweifle. Diese Appellation ward indessen „wegen Ermangelung einer gegründeten Beschwerde" abgeschlagen.

Es ward dagegen Beklagter Seits weiter appellirt, und nun außer neuer Vertheidigung des schon abgehörten Zeugen, und neuer Berufung auf die für ihren Erblasser streitende Vermuthung, daß er seinem Vormundschaftseide treu geblieben seyn würde, nicht bloß nochmals um Abhörung der schon in voriger Instanz vorgeschlagenen Zeugen gebeten, sondern außer diesen noch ein Zeuge, nemlich des Klägers Schwager, aufgeführt. Dieser sollte nun noch angeben, daß er von seiner Frau und Schwiegermutter her völlig von der Richtigkeit und Rechtmäßigkeit des Kaufs überzeugt gewesen, und in dieser Ueberzeugung

den sogenannten Kaufbrief mit unterschrieben habe, wie auch daß Kläger bey seinen reifen Jahren sich selbst davon überzeugt gefunden, und deshalb den ihm zuerkannten Reinigungseid mit gutem Gewissen nicht abschwören könne.

Nachdem nun auch hierüber der Schriftwechsel geendigt war, wurden die Acten an die Jenaische Facultät zur Entscheidung gesandt, bey der es denn allein auf die Hauptfrage ankam, ob der Erfüllungseid oder Reinigungseid hier vorzuziehen sey.

Denn es war zwar von klägerischer Seite auch darauf ein Gewicht gelegt, daß den Gesetzen nach kein Schuldner eines Pupillen desselben Vormund werden dürfe, vielmehr ein solcher, falls er seine Schuld wissentlich bey der wirklichen Uebernahme der Vormundschaft verschwiege, gestraft werden, und zu dieser Strafe seiner Einreden verlustig seyn sollte nach

Nov. 72. cap. 4.

Nun habe nach der von der Appellanten Erblasser selbst unterschriebenen und auch appellantischer Seits beygebrachten, also offenbar

bar auch gegen Appellanten beweisenden, Urkunde derselbe seine Schuld an die Erben seiner Schwester, deren einer sein Pupill, der Kläger, war, selbst eingestanden, und doch dabey sich als Vormund schon unterzeichnet. Es sey daher auch gar kein weiterer Zweifel, daß jene Verordnung auf ihn anzuwenden sey. Aus dieser Ursache schien nun die ganze Einrede desselben geradezu abzuweisen, und sogleich dem Suchen des Klägers gemäß zu sprechen, nicht aber erst ein Beweis jener Einrede nachzulassen gewesen zu seyn. — So scheinbar dies aber auch auf den ersten Anblick war, so konnte doch diese Foderung gar nicht, oder wenigstens jetzt nicht mehr gewährt werden. Erstlich nemlich spricht die oben angeführte Gesetzesstelle ganz deutlich nur von dem Wegfallen derjenigen Einreden, welche gegen die wegen der Schuldfoderung des Pupillen angestellte Klage etwa dem Vormunde zustehen konnten, (redhibitionibus aut aliis solutionibus debiti), und konnte deswegen, weil kein Strafgesetz ausdehnend erklärt werden soll, auf alle andre Einreden, die gegen anderweitige Klagen, z. B. wie hier gegen die Zurückfoderung der Rechte selbst, vorgebracht werden könnten, nicht erweitert werden.

Ueber-

Ueberdies war auch der vom Appellanten geführte Beweis denselben einmal rechtskräftig nachgelassen, und konnte daher ihnen jezt nicht weiter abgesprochen werden; sondern es blieb gegenwärtig allein zu beurtheilen übrig, in wie weit jener Beweis wirklich geführt worden sey.

Dennoch mußte das bisher bemerkte eben auf diese Beurtheilung noch immer einen bedeutenden Einfluß äußern. Es war nemlich entschieden, daß der Beklagten Erblasser sich selbst als Schuldner des Pupillen zur Zeit der Vormundschafts-Annahme angesehen wissen wollen, als er die Vormundschaft übernommen hatte. Dieses Verfahren war gesetzwidrig und durch die Gesetze für strafbar erklärt. Es erwuchs daraus eine starke Vermuthung gegen den Vormund und das von ihm behauptete Factum, als etwas an sich schon den Rechten nach unstatthaftes, und sie wurde durch die sehr wahrscheinlich absichtlich geschehene Verheimlichung nicht wenig erhöht. Durch diese Vermuthung nun mußte jeder Beweis jener angeblichen Thatsache schon immer um ein bedeutendes geschwächt werden.

Also ward bereits hiedurch die Aussage des einen abgehörten Zeugen, wenn man auch vorläufig dessen Glaubwürdigkeit als untadelhaft annahm, nicht wenig, folglich, wie bey einem einzigen Zeugen natürlich, unter einen halben Beweis herabgesetzt. Seine Glaubwürdigkeit, in sich betrachtet, konnte nun zwar, nach den richtigern, die kanonischen Rechtsvorschriften nicht so strenge befolgenden, Grundsätzen,

J. H. Böhmer jus eccl. prot. L. II. tit. 20. §. 6. ſqq.

die bloße Denunciation oder angefangene Untersuchung wegen des Ehebruchs nicht schwächen, und der Wilddiebstal, von dem sich noch fragen ließ, ob er unter den eigentlichen Diebstal zu rechnen sey, zumal ein so geringer Wilddiebstal, nicht ganz aufheben; indessen mußte eine ganz offenbar unerlaubte, und als solche sogar bestrafte Handlung doch als einiger Grund, die Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht für unvermindert, und den durch ihn versuchten Beweis für noch tiefer unter die Hälfte herabgesetzt zu achten, angesehen werden; und diese Ansicht ward durch die Theilnahme dieses Zeugen an der nicht zu rechtfertigenden Handlung des ersten Vormundes selbst noch

noch unterstützt. Nun hatten zwar die Appellanten durch die Aufführung von neuen Zeugen in der zweyten und dritten Instanz, wie schon erwähnt worden, das etwa zu einem mehr als halben Beweise noch fehlende hinzuzufügen gesucht. Allein es mußten auch diese Versuche als ganz unerheblich verworfen werden, oder es konnten doch die für die weiter abzuhörenden Zeugen übergebnen Artikel auf keinen Fall für so sehr bedeutend gehalten werden, daß, falls auch die Zeugen ganz vortheilhaft darüber ausgesagt hätten, man eine Erhöhung des Beweises über die Hälfte daraus zu folgern im Stande gewesen wäre.

Denn soviel zuförderst den in der zweyten Instanz aufgeführten zweyten Zeugen, nemlich den Schöffen, welcher die mehrerwähnte Urkunde mit unterschrieben hatte, betraf; so sollte dieser bloß die Meinung der Schwester des Klägers, die ihrem Bruder nicht präjudiciren konnte, ferner die Versicherung des zweyten Vormundes, dessen mündliches Zeugniß ja selbst bey den Acten war, und endlich seine durchaus nichts wirkende Privatüberzeugung von des anfänglichen Beklagten Charakter deponiren; und eben so der in der dritten In-

stanz ernannte, bloß über seine dem Kläger nie schädliche Ueberzeugung und über des Klägers eigne ehemalige Ueberzeugung, die diesem ja nach etwaniger besserer Belehrung zu berichtigen unbedenklich frey stand, und die seinem wirklichen Rechte durchaus nicht Abbruch thun konnte, aussagen. Allenfalls hatte des ersten in der zweyten Instanz ernannten Zeugen Aussage, doch aber nur unter der Voraussetzung, daß die Antwort weit bestimmter als die Frage ausfiel, und er etwa erklärte, von seiner ehemaligen Herrschaft selbst von dem Verkauf gehört zu haben, einiges Gewicht mehr; doch selbst unter dieser nicht einmal sehr wahrscheinlichen Voraussetzung (weil sonst wohl bestimmter articulirt worden wäre) war bey der entgegenstehenden starken Vermuthung, der geringern Glaubwürdigkeit des wirklich abgehörten Zeugen, und der doch immer nicht auf die That selbst sprechenden etwanigen neuen Deposition schwerlich anzunehmen, daß auch dadurch der Beweis über die Hälfte erhoben, und besonders so verändert werden könnte, daß nun statt des Reinigungseides ein Erfüllungseid zuzulassen gewesen wäre.

Es

Es hatten nun zwar noch die Beklagte die für jeden streitende günstige Rechtsvermuthung eines redlichen, besonders aber nicht eidbrüchigen, Verfahrens, dessen man den vereideten Vormund sonst hätte beschuldigen können, oder die bekannte Regel: quilibet praesumitur bonus, für sich geltend zu machen gesucht. Allein alle solche generelle Vermuthungen, zu denen besonders die gedachte gerechnet werden muß, werden durch eine specielle, (wie hier durch die oben entwickelte, welche aus den besondern bey diesem ganzen Geschäft concurrirenden Umständen sich ergiebt), immer geschwächt und aufgehoben, und konnten daher hier von keinem Belange seyn.

J. H. Böhmer diss. de collisione praesumtionum — in ejusd. exercitatt. ad Pand. Tom. IV. exercit. 66. cap. 2. §. 7 et 9.

Ueberhaupt blieb nur die Wahl zwischen zwey Eiden über das Dafürhalten übrig; denn beide Partheyen waren jetzt Erben derer, die eigentlich bey dem Geschäft mitgewirkt haben sollen, und konnten über Wahrheit und Gewißheit nichts mehr bezeugen. Nun aber ist ohnehin der Erfüllungseid über das Dafürhalten weniger zu begünstigen, als der darauf zu

richtende Reinigungseid, indem mehrere Rechtsgelehrte ihn gar nicht gestatten, andre nur bey wenigen Sachen zulassen wollen.

cf. *Leyser* meditatt. ad Pand. sp. 141. med. 5 et 6.

Gesetzt aber auch, man erklärt ihn bey allen Geschäften für zulässig; so ist er doch wenigstens immer nicht so sehr als der ohnhin durch die Rechte mehr begünstigte Reinigungseid zu empfehlen, wenn er nemlich nicht durch die in der Sache liegenden Umstände hinlänglich veranlaßt wird; und was man sonst etwa gegen jeden Reinigungseid vorbringen möchte,

cf. Malblanc de jurejurando §. 110.

dürfte hier um so weniger in Betracht kommen, weil alle diese Einwendungen nur darauf gehen, daß in den Fällen, wo der Reinigungseid zu gebrauchen wäre, derselbe erlassen, und ohne denselben eben so, als ob er abgeleistet sey, gesprochen werden solle, nun aber an Erlassung desselben hier nicht zu denken war, weil der, dem er aufgelegt worden, kein Rechtsmittel eingewendet hatte, und gegen den Appellanten nicht in deterius zu erkennen

kennen war. Nach diesem allen mußten denn die vorigen Erkenntnisse bestätigt werden.

4.

In der Frankfurter Messe hatte der Kaufman H. dem preußischen Kaufmann K. einen Beutel durch einen Lehrburschen übersandt, der dabey die Anzeige machte, daß darin hundert Karolins in Laubthalern enthalten seyn. Bald nachher kommt ein Jude, der mit seinem Bruder in Kompagnie handelte, um hundert Karolins abzuholen, und man giebt ihm ungezählt und uneröffnet jenen Beutel. Nachher erscheint der Ueberbringer des Beutels wieder und erklärt, daß er aus Irrthum nur 100 Karolins genannt habe; es wären in dem Beutel 200 gewesen. — Der Kaufmann K. erhob daher nun Klage gegen die Juden wegen der zuviel gezahlten 100 Karolins. In dem ersten Zwischenurtheil ward Beweis der Klage aufgelegt, und der Beweissatz dahin bestimmt: „daß in dem den Juden über„gebnen Sack zweyhundert Karolins in Laub„thaler befindlich gewesen.“

Der Beweis ward vom Kläger durch zwey Zeugen geführt.

Der erste war der Kaufmann H., der den Beutel übersandt hatte. Diesem ward entgegengesezt:

1) daß er anfänglich mit dem Kläger dieser Sache wegen zusammen im Gericht erschienen sey, weshalb er in einer summarischen Sache, als wozu Handelssachen, zumal in Meßzeiten, zu rechnen wären, als Mitkläger wohl angesehen werden könne. — Es fiel jedoch leicht in die Augen, daß diese Einwendung von keiner Bedeutung war, weil er eben sowohl als ein sogleich vom Kläger mitgebrachter Zeuge betrachtet werden konnte.

2) daß zwar Kläger angebe, wie dieser Zeuge sich mit ihm schon völlig berechnet und seine Rechnung abgeschlossen habe, auch darüber quitirt sey; dennoch dieses auf einer Seite nicht erwiesen wäre, auf der andern aber daraus noch immer nicht folge, daß er kein Interesse mehr bey der Sache habe. Allenfalls habe er kein unmittelbares Geldinteresse weiter, aber dennoch immer noch Gefahr für seine Ehre,

Ehre, wenn seine Angabe falsch befunden würde.

Dieser letzte Umstand war ungezweifelt bedentend genug, um den ersten Zeugen verdächtig zu machen.

Als zweyter Zeuge war aufgeführt des Klägers Markthelfer zu Meßzeiten. Der diesem entgegengesetzte Einwand, daß er ein testis domesticus sey, war offenbar unstatthaft; denn er stand außer den Meßzeiten keinesweges in des Klägers Brod und Lohn, welches doch ein Hauptkennzeichen eines häuslichen Zeugen ist, und selbst eine fortwährende Verbindung mit dem Kläger für alle künftigen Messen war nicht einmal zu vermuthen. Dieser also konnte als vollgültiger Zeuge bestehen.

Was nun ferner den Inhalt des Beweises betraf; so war der obenerwähnte Beweissatz von dem Kläger in die beiden Sätze zergliedert worden:

1) Daß der vom Kaufmann H an den Kläger übersandte Sack zweyhundert Karolins enthalten;

2) daß derselbe von H empfangne Sack an den einen Beklagten abgeliefert worden.

Jeden von diesen Sätzen bezeugte nun nur ein Zeuge; sie waren also immer testes singulares und machten selbst dann, wenn auch gegen ihre Personen und Aussagen nichts zu erinnern war, nur einen halben Beweis, welches indessen wegen des zweyten durch den ganz unverdächtigen Zeugen ausgesagten Satzes unbedenklich war. Ueberdem aber konnte nun der erste Zeuge zwar allenfalls, daß er die zweyhundert Carolins in den Beutel gethan, mit Gewißheit, die durch die Anführung mehrerer Nebenumstände noch unterstützt war, hingegen den zweyten Umstand, daß auch sein Lehrbursche den Sack unversehrt überliefert habe, nur nach Gründen der Wahrscheinlichkeit angeben. Allein auch diese wurden durch die von den Beklagten nicht bestrittene nahe Nachbarschaft der Läden der Kaufleute H und K unterstützt, die eine Veruntreuung durch den Lehrburschen erschwerte.

Es wurden der Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen auch einige scheinbare Widersprüche entgegengesetzt; z. B.

a)

a) daß der erste Zeuge den Irrthum in der Angabe des Lehrburschen erst am Abend erfahren zu haben angab, — nach des zweyten Zeugen Aussage aber derselbe Lehrbursche, der den Sack überbrachte, um die Mittagszeit eine halbe Stunde nach Ueberbringung des Sacks gekommen, und durch die Aussagen desselben sich der Irrthum aufgeklärt und also gefunden hätte, daß anstatt 100 Carolins 200 darinn enthalten gewesen;

b) daß der erste Zeuge deponirt hatte, wie er gleich darauf, als der Sack mit Geld in den K'schen Laden gekommen, den Lehrburschen zu K. geschickt und den Sack wieder zurück verlangt habe, ihm aber zur Antwort geworden wäre, daß der Sack mit Geld schon in den Händen des Juden sey; dagegen der zweyte Zeuge die an den Juden geschehene Uebergabe des Sacks erst nach Verlauf einer halben oder wohl gar drey Viertel Stunde nach der Ueberlieferung desselben an den Kläger durch den H'schen Lehrburschen angab;

c) daß der zweyte Zeuge den Empfang des Sacks durch die Juden auf eine halbe oder drey Viertel Stunde, die Rückkunft des H'schen

H'schen Lehrburschen aber, um nach dem Sack zu fragen, nur eine halbe Stunde nach der ersten Ueberlieferung des Sacks bestimmte, woraus denn wider die sonstigen Angaben vom ganzen Vorgange folgen würde, daß die letzte früher als die erste geschehen seyn müßte.

Allein bey genauerer Prüfung mußten diese scheinbaren Widersprüche als unbedeutend erscheinen; denn

ad a) war nirgends gesagt, daß H seinem Lehrburschen den Auftrag zur Berichtigung des begangnen Irrthums gegeben hätte. Es konnte daher der Lehrbursche seinen Irrthum sehr wohl aus zufälligen Reden seines Principals selbst wahrgenommen und aus eignem Antriebe die berichtigende Anzeige gemacht haben.

Sodann mußte man ad b) in Anschlag bringen, daß in dem großen Gewühl der Messe die Zeit nicht immer so genau beobachtet und bemerkt werden kann; foglich waren die Angaben, daß etwas gleich darauf, oder, daß es eine halbe Stunde darauf geschehen sey, noch wohl zu vereinigen.

Eben so konnte auch ad c) der zweyte Zeuge wohl angeben, daß die Juden eine halbe oder drey Viertel Stunden nach der Ueber-

Ueberbringung des Sacks an den Kläger, der Lehrbursche aber eine halbe Stunde nach derselben in den K'schen Laden und dennoch letzter erst nach dem Weggange der ersten gekommen sey, indem ein Unterschied von wenigen Minuten, die dazwischen verlaufen seyn können, bey dem Namen einer halben Stunde in der Sprache des gemeinen Lebens nicht in Anschlag gebracht wird.

Nach dieser Prüfung ergiebt sich denn wohl, daß die angeblichen Widersprüche der Zeugen nur scheinbar und nicht wirklich waren, und also dem sonstigen Werth der Zeugenaussagen nichts entziehen noch die Stärke des Beweises mindern konnten.

Es war demnach unter diesen Umständen die Sache nur durch einen vom Richter aufzulegenden Eid zu entscheiden. Nun aber konnte nach den in den Acten vorliegenden Umständen keine von beiden Partheyen den Eid der Wahrheit und Gewißheit (das juramentum veritatis) leisten, sondern nur ihr Dafürhalten (de credulitate) schwören; denn nach des Klägers eignen Geständnissen und nach den Aussagen des zweyten Zeugen war der Sack von dem Kläger nicht durchgez hlt worden, folglich konnte er nicht wissen, was in dem Sack enthalten gewesen. Dagegen h tten aber auch Beklagte in allen von ihnen beygebrachtn Schriften nirgends gesagt, daß

sie

sie den Sack durchgezählt hätten; vielmehr hatte nach beider Zeugen Aussage unmittelbar nach dem Vorgange der Empfänger des Geldes sich nur herausgelassen, daß er das Geld an verschiedenen Orten ausgegeben und unterweges verwechselt, daher auch nicht wisse noch wissen könne, was in dem Sack gewesen. Es konnten also auch Beklagte hier die Hauptsache nicht aus eignem Wissen bezeugen, sondern ebenfalls nur ihr Dafürhalten beschwören; und so stand dann nicht ein Eid der Gewißheit (juramentum veritatis) dem Eide der bloßen Meynung (juramento credulitatis) entgegen, welcher jenem nicht leicht vorgezogen werden darf; sondern nur ein Eid des Dafürhaltens dem andern, und es war bloß zwischen diesen zu wählen.

Da mußte denn in Betracht kommen daß 1) nach des zweyten Zeugen Aussage der jüdische Empfänger das Geld zu zählen und den Befund anzugeben versprochen, und daß er Klägern aufgefodert hatte, ihm den Sack ungezählt zu übergeben, weil er ihn zu Hause als ehrlicher Mann zählen wolle, daß er ihn aber dennoch nicht gezählt hatte;

2) daß die Beklagten den Beutel nicht hatten herausgeben wollen, aus dessen Größe sich schon einiges hätte schließen lassen; nebst andern Bedenklichkeiten mehr.

Es war also offenbar wahrscheinlicher, daß die Wahrheit noch eher durch den Erfüllungs-

eid

eid des Klägers, als durch den Reinigungseid der Beklagten herausgebracht werden würde; unter welchen Umständen der Richter immer auf den ersten erkennen muß.

Carpzov jurisprud. forens. P. I, const. 23, def. 21.

Wernher obss. for. p. VII. obs. 92.

Leyser med. ad pand. sp. 141.

Es dürfte unter diesen Umständen auch wohl das Gesetz des römischen Rechts, daß Juden gegen Christen nicht zum Zeugniß gelassen werden sollten,

L. 21 Cod. de haeret. et michaeis

wohl um so weniger übersehen werden, da diese Verordnung des gemeinen Rechts in der Frankfurter Reformation bestätigt ist.

Frankfurt. Reformat. Th. I. tit. 33. §. 11.

Die bekannte darausgezogene Folge ist, daß ein Jude gegen einen Christen zu einem vom Richter aufzulegenden Eide, als wodurch er Zeuge in seiner eignen Sache werden würde, in der Regel nicht zugelassen werden kann.

Pufendorf. obss. jur. univ. Tom. I. obs. 110.

Cocceji jus civ. controv. L. XII. tit. 2. qu. 45.

Denn wenn man auch diesen Grundsätzen im allgemeinen so wenig ausgedehnten Einfluß als möglich beylegen wollte; so sind sie doch so gänzlich gewiß nicht hindanzusetzen, daß sie bey sonst schwankender Entscheidung nicht einiges Moment ausmachen sollten.

Auch waren die sonstigen oberwähnten Einwendungen gegen den Erfüllungseid des Dafürhaltens hier nicht in Anschlag zu bringen, weil entweder ohne Reinigungseid hätte gesprochen oder den Juden bey so großen Verdachtsursachen der Reinigungseid hätte nachgelassen werden müssen, welches so ungemein bedenklich war; und doch auf der andern Seite der Beweis gegen die Juden nicht so hinlänglich erbracht war, daß er ohne allen Zusatz für hinlänglich erkannt werden mochte; überdies es doch möglich blieb, daß der Kläger einige besondre unbekannte, wenigstens im Gericht nicht geltend zu machende, Gründe für seine so oder so bestimmte Ueberzeugung haben konnte.

Druckfehler.

S. 53. Z. 7 u. 8. v. u. anders woher statt anders vorher.

e;

s im

e für

haben

ders vorher.

Auch waren die sonstigen oberwähnten Einwendungen gegen den Erfüllungseid des Dafürhaltens hier nicht in Anschlag zu bringen, weil entweder ohne Reinigungseid hätte gesprochen oder den Juden bey so großen Verdachtsursachen der Reinigungseid hätte nachgelassen werden müssen, welches so ungemein bedenklich war; und doch auf der andern Seite der Beweis gegen die Juden nicht so hinlänglich erbracht war, daß er ohne allen Zusatz für hinlänglich erkannt werden mochte; überdies es doch möglich blieb, daß der Kläger einige besondre unbekannte, wenigstens im Gericht nicht geltend zu machende, Gründe für seine so oder so bestimmte Ueberzeugung haben konnte.

Druckfehler.

S. 53. Z. 7 u. 8. v. u. anders woher statt anders vorher.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hufeland, Gottlieb,

Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften

Bd.: 2/3

Jena (1801)

Jur.is. 93-1/5
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11009482-0